

Die gewillkürten Orderpapiere

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WALTER JÜRG SAXER

von Küsnacht ZH und Altstätten SG

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss und Herrn P.-D. Dr. A. Meier

Juris-Verlag Zürich

1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die gewillkürten Orderpapiere

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WALTER JÜRG SAXER

von Küsnacht ZH und Altstätten SG

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss und Herrn P.-D. Dr. A. Meier

Juris-Verlag Zürich

1954

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 30. Oktober 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



INHALTSVERZEICHNIS

1. Kap.: Die Stellung der gewillkürten OP im schweizerischen WP-Recht	19
§ 1. Einige Bemerkungen zur Geschichte der WP, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse	19
I. WP und WP-Recht in Europa	19
II. Die Entwicklung des schweizerischen WP-Rechtes	20
§ 2. Die Legaldefinition der WP im schweizerischen Recht	23
I. Warum eine Legaldefinition?	23
II. Die Voraussetzungen für ein WP nach Art. 965 OR	24
1. Die Urkunde	24
2. Verknüpfung von Recht und Urkunde	24
3. Geltendmachung des Rechts	24
4. Uebertragung des Rechts	25
III. Eventuelle Heranziehung weiterer Bestimmungen zur Abgrenzung des WP-Begriffes	25
IV. Prüfung des WP-Begriffes nach Art. 965 OR	25
V. Die von Jaeggli vorgeschlagene Auslegung von Art. 965 OR	26
VI. Resultate dieser Auslegung	27
§ 3. Einige kritische Bemerkungen zum WP-Begriff des schweizerischen Rechts	27
I. Aufgabe der WP	27
II. Untersuchung von IP, OP, NP im Hinblick auf ihre Aufgabe . . .	28
1. IP	28
2. OP	28
3. NP	29
III. Verbindende und trennende Merkmale der drei WP-Arten . . .	29
1. Gemeinsame Merkmale	29
2. Trennende Merkmale	29
3. Zusammenfassung	30
IV. Aufgabe und Bedeutung der WP-Definition	30
V. Schlussfolgerungen	31

§ 4. Die OP im schweizerischen Recht	32
I. Die systematische Stellung der OP im schweizerischen WP-Recht	32
II. Die formellen Voraussetzungen der OP	32
1. Die Notwendigkeit der ausdrücklichen Orderklausel	32
2. Unterschrift bei OP	33
3. Bedingte OP	34
III. Materielle Schranken der OP	34
1. Unvertretbare Sachen	34
2. OP mit unsichern, in der Zukunft liegenden Ansprüchen	35
IV. Sonderfälle auf dem Gebiete der OP	35
1. Schuldbrief und Gült	35
2. Pfandbrief	36
3. Vinkulierte Namensaktie	36
§ 5. Geltendmachung und Uebertragung der in OP verbrieften Rechte	37
I. Die Geltendmachung der OP	37
A) Bei Besitz der Urkunde	37
B) Bei Fehlen der Urkunde	38
II. Die Uebertragung der OP	39
A) Bei Besitz der Urkunde	39
B) Bei Verlust der Urkunde	39
III. Das Indosseament	39
A) Die gesetzliche Regelung des Indossamentes und seine Wirkungen	39
1. Allgemeines	39
2. Form	40
3. Wirkungen	40
B) Technische und zivile OP	40
C) Arten des Indossamentes	41
1. Vollindossament	41
2. Offenes Prokuraindossament	41
3. Stilles Prokuraindossament	42
IV. Das Pfandrecht an OP	42
A) Wertpapiermässige Verpfändung	42
Erscheinungsformen:	
1. Offenes Pfandindossament	43
2. Stilles Pfandindossament	43
3. Sicherungsübereignung	43

B) Nicht wertpapiermässige Verpfändung	44
Erscheinungsformen:	
1. Uebergabe des Papiere mit separatem Pfandvertrag	44
2. Uebergabe des Papiere mit darauf gesetzter Abtretungs- erklärung	44
§ 6. Die gesetzlichen OP	44
Gesetzliche OP-Typen	45
I. Wechsel	45
II. Namenscheck	45
III. Namensaktie	45
1. Die frei übertragbare Namensaktie	45
2. Die vinkulierte Namensaktie	46
3. Der Interimsschein	47
4. Genusscheine	47
5. Genussaktien	48
IV. Auf den Namen ausgestellte Grundpfandtitel	48
V. Warenpapiere	48
VI. Die wechselähnlichen Papiere	49
§ 7. Der numerus clausus bei OP	49
2. Kap.: Anweisungen und Zahlungsversprechen an Order	51
1. Teil: <i>Die Anweisung im allgemeinen</i>	51
§ 8. Begriff, Funktion und wirtschaftliche Bedeutung der Anweisung	51
I. Der Begriff	51
1. Die Begriffsumschreibung des Art. 466 OR	51
2. Merkmale der Anweisung	51
a) Dreiheit von beteiligten Personen	51
b) Die Anweisung als Doppelermächtigung	51
c) Die Abstraktheit der Anweisung	52
3. Abgrenzung der Anweisung gegenüber:	
a) dem Auftrag	53
b) dem Zahlungsauftrag	53
c) der Vollmacht	53
4. Wortlaut der Anweisung	53
II. Wesen und Funktion der Anweisung	53
1. Wesen	53
2. Funktion	53
III. Wirtschaftlicher Zweck und Bedeutung der Anweisung	54
1. Wirtschaftlicher Zweck	54

2. Wirtschaftliche Bedeutung	54
a) Der Kreditbrief	55
b) Das Dokumentenakkreditiv	55
§ 9. Entstehung, Form und Inhalt der Anweisung	56
I. Entstehung	56
1. Entstehung der mündlichen Anweisung	56
2. Entstehung der schriftlichen Anweisung	56
II. Form	57
III. Inhalt	57
1. Der Inhalt der Anweisung gemäss Art. 466 OR	57
a) Gesetzliche Umschreibung	57
b) Bestandteile der Umschreibung	57
aa) Geld	57
bb) WP	57
cc) Vertretbare Sachen	57
c) Bestimmtheit der Anweisung	57
2. Die Stellung der auf Spezies gerichteten Anweisung	58
a) Die Gründe für den Ausschluss derartiger Papiere	58
b) Kritik dieser Begründung	58
§ 10. Geltendmachung, Uebertragung und Widerruf der Anweisung	59
I. Geltendmachung	59
1. Vor der Annahme	59
2. Die Annahme und ihre Folgen	59
II. Uebertragung	60
1. Uebertragung vor erfolgter Annahme	60
2. Uebertragung nach erfolgter Annahme	61
a) Bei Nichtwiederholung des Akzeptes gegenüber dem Dritterwerber	61
b) Bei Wiederholung des Akzeptes gegenüber dem Dritterwerber	61
III. Widerruf	61
IV. Ist die schriftliche, akzeptierte Anweisung ein WP?	61
2. Teil: <i>Wechselähnliche Orderanweisung und Zahlungsverprechen an Order</i>	63
§ 11. Aus der Entwicklungsgeschichte der wechselähnlichen Orderanweisung und des Zahlungsverprechens an Order	63
I. Die Entwicklung des Wechselrechtes auf dem europäischen Kon- tinent bis 1850	63
II. Die Unifikation des Wechselrechtes in der Schweiz	64

§ 12. Konstitutive und fakultative Bestandteile der wechselähnlichen Orderanweisung und des Zahlungsverprechens an Order	65
I. Konstitutive Elemente	65
1. Begriff und Bedeutung	65
2. Wortlaut	65
3. Die einzelnen Elemente	66
a) Schriftlichkeit	66
b) Fehlen der Wechselklausel	66
c) Zahlungsklausel	66
d) Angabe des Bezogenen	66
e) Angabe der Verfallzeit	66
f) Angabe des Zahlungsortes	66
g) Angabe des Remittenten	67
h) Angabe des Tages und des Ortes der Ausstellung	67
i) Unterschrift des Ausstellers	67
k) Orderklausel	67
II. Fakultative Elemente	68
A) Fakultative Elemente mit wechselrechtlicher Bedeutung	68
1. Begriff	68
2. Die einzelnen Elemente	68
a) Zahlstellenvermerk	68
b) «Ohne Obligo» Klausel	68
c) Protesterlassklausel	68
d) Präsentationsverbot	68
e) Ehreneintritt oder Notadresse	68
f) Aval	69
g) Deckungsklausel	69
B) Fakultative Elemente ohne wechselrechtliche Bedeutung	69
1. Begriff	69
2. Beispiele von Elementen ohne wechselrechtliche Bedeutung	69
a) Valutaklausel	69
b) Berichtsklausel	69
c) Deckungsklausel	69
§ 13. Geltendmachung und Uebertragung von Orderanweisung und Orderbillet	70
I. Geltendmachung der Orderanweisung vor der Annahme	70
1. Die Rechtsnatur der noch nicht akzeptierten Orderanweisung	70
2. Die Geltendmachung dieses Papierses	70
3. Der Widerruf	71
II. Die Geltendmachung der Orderanweisung nach der Annahme	71
1. Der Akt der Annahme	71
2. Die Geltendmachung nach erfolgter Annahme	72
III. Die Geltendmachung des wechselähnlichen Zahlungsverprechens an Order	72

IV. Die Protestierung von wechselähnlichen OP	72
1. Wesen des Protestes	72
2. Fristen und Form des Protestes	72
a) Fristen	72
b) Form	73
3. Arten des Protestes	73
a) Bei wechselähnlichen Anweisungen an Order	73
b) Bei wechselähnlichen Zahlungsversprechen an Order	73
4. Wirkung des Protestes	73
V. Die Uebertragung von wechselähnlichen OP	74
§ 14. Wirtschaftliche Bedeutung der wechselähnlichen Anweisung und des Zahlungsverprechens an Order	74
I. Die Intentionen des Gesetzgebers	74
II. Die wechselähnlichen Anweisungen und Zahlungsverprechen an Order in der Praxis	75
A) Die tatsächliche Ausgestaltung und Verbreitung von Orderanweisung und Orderbillet	75
1. Die Orderanweisung	75
2. Das Orderbillet	76
B) Die Hindernisse für eine Weiterbildung dieser Institute durch die Praxis	76
III. Folgen der relativ kleinen Bedeutung der wechselähnlichen OP	77
A) Ihre spätere Behandlung durch den Gesetzgeber	77
B) Das Fehlen ihrer Weiterbildung in der Praxis	77
3. Teil: <i>Unbenannte Orderanweisungen</i>	78
§ 15. Die durch die schweizerische Lösung entstandene Gesetzeslücke	78
I. Die beiden Komponenten der schweizerischen Lösung	78
1. Die deutsche Gesetzgebung	78
2. Die französische Gesetzgebung	78
II. Die schweizerische Lösung	78
III. Die infolge der wechselähnlichen Anweisungen an Order entstandene Lücke	80
§ 16. Ausgestaltung und Möglichkeiten der Verwendung von unbenannten Orderanweisungen	81
I. Form und Inhalt der unbenannten Orderanweisung	81
1. Allgemeines	81
2. Die einzelnen Formerfordernisse	81
a) Schriftlichkeit	81
b) Ort und Zeit der Ausstellung	81
c) Name des Anweisungsempfängers	81

d) Name des Angewiesenen	82
e) Unterschrift des Ausstellers	82
f) Orderklausel	82
II. Geltendmachung	82
1. Vor der Annahme	82
2. Nach der Annahme	82
III. Uebertragung	83
1. Vor der Annahme	83
2. Nach der Annahme	83
IV. Der Widerruf	83
V. Die praktischen Verwendungsmöglichkeiten von unbenannten Orderanweisungen	84
A) Der Lieferschein	84
1. Form und Inhalt	84
a) Inhalt	84
b) Form	84
2. Geltendmachung und Uebertragung	84
3. Aufgaben, Vorteile und Schwächen des Lieferscheines	85
B) Der Effektencheck	86
1. Inhalt	86
2. Arten von Effektenchecks	86
a) Der Auslieferungsscheck	86
b) Der Verpfändungscheck	86
c) Der Ueberweisungscheck	87
3. Geltendmachung und Uebertragung	87
4. Die dem Effektencheck zugrunde liegende Idee	87
5. Die evtl. Einführung des Effektenchecks in der Schweiz	87

3. Kap.: Verpflichtungsscheine an Order 89

1. Teil: Grundlagen 89

§ 17. Die Verpflichtungsscheine an Order im allgemeinen 89

I. Begriff 89

II. Aus der schweizerischen Entwicklungsgeschichte der Verpflichtungsscheine an Order 90

III. Formale Erfordernisse der Verpflichtungsscheine an Order 91

1. Schriftlichkeit 91

2. Verpflichtungserklärung des Zeichners 91

3. Angabe des Erfüllungsortes 91

4. Angabe der Erfüllungszeit 92

5. Bestimmtheit der Leistung 92

6. Die Beschränkung auf vertretbare Sachen 92

7. Ausstellungsort und Ausstellungsdatum	93
8. Unterschrift des Ausstellers	93
9. Orderklausel	93
IV. Geltendmachung und Uebertragung	93
1. Geltendmachung	93
2. Uebertragung	94
V. Verpfändung	94
VI. Amortisation	95
VII. Verjährung	95
§ 18. Die Warenpapiere im besondern	95
I. Begriff	95
II. Kausale WP öffentlichen Glaubens	96
1. Schriftlichkeit	96
2. Autonomie	97
III. Die Warenpapiere als kausale WP öffentlichen Glaubens	97
IV. Die zusätzlichen formalen Erfordernisse des Art. 1153 OR	97
1. Name und Wohnort des Ausstellers	97
2. Name und Wohnort des Einlagerers oder Absenders	98
3. Bezeichnung der eingelagerten oder aufgegebenen Ware nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen	98
4. Nennung der zu entrichtenden oder vorausbezahlten Gebühren und Löhne	98
5. Aufzählung der besondern Vereinbarungen, die von den Be- teiligten über die Behandlung der Ware getroffen wurden	99
6. Zahl der Ausfertigungen des Warenpapiers	99
7. Angabe des Verfügungsberechtigten mit Namen oder an Order oder als Inhaber	99
V. Bedeutung der Formvorschriften	99
VI. Die den Warenpapieren eigene dingliche Traditionswirkung	100
VII. Die auf Spezies lautenden Warenpapiere	101
2. Teil: <i>Die einzelnen Erscheinungsformen</i>	102
A) Die Verpflichtungsscheine an Order im engeren Sinne	102
§ 19. Die auf Geld lautenden Verpflichtungsscheine an Order	102
I. Begriff	102
II. Wortlaut	102
III. Abgrenzung gegenüber den Zahlungsverprechen an Order	102
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	103

§ 20. Der Effektenlieferschein	103
I. Begriff	103
II. Wortlaut	103
III. Wirtschaftliche Bedeutung	104
§ 21. Die an Order gestellte Transportversicherungspolice	105
I. Begriff	105
1. Die Versicherungspolice im allgemeinen	105
a) Einzelpolice	105
b) Generalpolice und Versicherungszertifikat	105
2. Die an Order gestellte Transportversicherungspolice im besondern	106
II. Rechtsnatur	106
B) Die Warenpapiere	109
§ 22. Der Orderlagerschein	109
I. Das Lagerhauswesen in der Schweiz	109
1. Bedeutung	109
2. Aus der schweizerischen Entwicklungsgeschichte	109
3. Pflichten des Lagerhalters	110
4. Rechte des Lagerhalters	110
5. Die einlagerungsfähigen Güter	110
6. Arten der Einlagerung	110
a) Einzel- oder Sonderlagerung	110
b) Sammelagerung	110
c) Summenlagerung	111
II. Die dem Lagerschein zukommende Aufgabe	111
III. Die Ausgestaltung des Orderlagerscheins im schweiz. Recht	112
A) Allgemeines	112
1. Historische Entwicklung	112
2. Begriff	112
3. Die zur Ausstellung notwendige Konzession	112
4. Die beiden Lagerscheinsysteme	113
B) Das Einscheinsystem	113
C) Das Zweischeinsystem	113
IV. Die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung des Orderlagerscheins	114
1. Mängel des Gesetzes	114
2. Die in der Praxis bestehenden Hindernisse	115
§ 23. Das an Order gestellte Konnossement	116
I. Begriff	116

II. Geschichtlicher Ueberblick	117
1. Die Entwicklung des Konnossementes	117
2. Die internationalen Bestrebungen zur Vereinheitlichung der Seefrachtrechtsnormen	118
3. Die Entstehung des schweizerischen Seerechtes	119
III. Die verschiedenen Konnossementsarten	120
1. Das Ablade- oder Bordkonnossement (shipped bill of lading)	120
2. Das Uebernahmekonnossement (mate's receipt oder bill for shipment)	121
3. Das Durchkonnossement (through bill of lading)	121
4. Die delivery-order	122
IV. Die heute noch geltende Regelung des Konnossementes in der Schweiz	123
1. Anwendungsgebiet	123
2. Formelle Ausgestaltung des Konnossementes	123
3. Die Ersetzung der Skripturhaftung durch die einfache Beweis- vermutung	124
4. Die Haftung des Frachtführers	125
V. Das Konnossement im Entwurfe zu einem Bundesgesetze über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge	126
1. Allgemeines	126
2. Formelle Ausgestaltung des Konnossementes	126
3. Die Wirkungen des Konnossementes	127
§ 24. Der Ladeschein an Order	128
I. Begriff	128
II. Bedeutung des Ladescheines in der Schweiz	128
III. Das Rheinkonnossement	128
1. Die heute geltende Regelung	128
a) Allgemeines	128
b) Formelle Ausgestaltung des Rheinkonnossementes	129
2. Die Regelung im Entwurfe zu einem Bundesgesetze über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge	130

MATERIALIEN UND LITERATUR

A) MATERIALIEN

Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates, 1932.

Amtliches stenographisches Bulletin des Ständerates 1932.

Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates der Herbstsession 1952.

Amtliches stenographisches Bulletin des Ständerates der Frühjahrssession 1953.

Bericht der nationalrätlichen Kommission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechtes, November 1880, BBl 1881 I S. 153 ff.

Bericht der ständerätlichen Kommission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechtes, März 1880, BBl 1880 III S. 149 ff.

Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen OR, erstattet von Prof. Dr. Eugen Huber im März 1920.

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, vom 27. Nov. 1879, BBl 1880 I S. 149 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen, vom 3. März 1905, BBl 1905 II S. 1 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Ausgabe von Pfandbriefen, vom 14. Dez. 1925, BBl 1925 III S. 527 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Febr. 1928, BBl 1928 I S. 205 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge, vom 22. Febr. 1952, BBl 1952 I S. 253 ff.

Burkhardt-Fürstenberger: Entwurf einer Wechselordnung, Basel 1855.

Prof. Dr. W. Munzinger: Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, Bern 1865.

Nachtragsbotschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Obligationenrechts (Anpassung des Wechsel- und Checkrechts an die Genfer Abkommen), BBl 1932 I S. 217 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Berlin 1898.

Protokoll der 16. Sitzung der Expertenkommission für das schweizerische Obligationenrecht, 22. Okt. 1908.

Verhandlungen der Expertenkommission über den II. Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Febr. 1928.

Wechselordnung des Kantons Solothurn vom Jahre 1857.

Wirtschaftliche Publikationen der Zürcher Handelskammer; Heft 4, Oktober 1906:
Zur Revision des schweizerischen Obligationenrechtes.

B) L I T E R A T U R

Adler, K.: Studien zur Lehre von den Wertpapieren und dem Wechsel, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 26 (1899) S. 19 ff.

von Aesch, R. A.: Das Akzept im Wechselrecht, Zch. Diss. 1938.

Arminjon et Carry: La Lettre de Change et le Billet à Ordre, Paris 1938.

Astle, W. E.: Ship Owners' Cargo Liabilities and Immunities, London 1951.

Becker, H.: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, 1. Auflage, Bern 1913/34.

Beeler, G.: Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937.

Berthoud, D.: L'assurance des marchandises contre les risques de transport, Thèse Neuchâtel 1942.

Bes, J.: Chartering and Shipping Terms, Den Helder 1951.

Broillet, M.: Der Genussschein nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht, Zch. Diss. 1950.

Bruderer, H. P.: Die Namenpapiere, Zch. Diss. 1944.

Bruegelmann, H.: Lagergeschäft und Lagerscheinwesen, Basler phil. Diss. 1930.

Brühlmann, W.: Textausgabe des Bundesgesetzes über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930 mit Einleitung, Erläuterungen und Sachregister, Zürich 1931.

Brunner, H.: Die Wertpapiere, in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, Bd. II, Leipzig 1882; zitiert *Brunner in Endemann*.

Contat, J.: Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechtes, Berner Diss. 1932.

Déverin, J.-P.: Etude comparée de l'endossement et de la cession civile des titres à ordre, Thèse Lausanne 1936.

Dörig, H.: Die Mobilisierung von Schuldanerkennungen, Zch. Diss. 1947.

Dumont, B.: Ausgewählte Kapitel aus dem schweizerischen Seeschifffahrtsrecht, Berner Diss. 1944.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, IV. Bd., Mannheim/Berlin/Leipzig 1932.

Ehrensperger, H.: Der laufende Versicherungsvertrag in der Seetransportversicherung, besonders seine Rechtsnatur, Zch. Diss. 1944.

Eugster, R.: Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1883, Zch. Diss. 1926.

- Fick, H.: Das schweizerische OR, 1. Aufl., Zürich 1911.
- Flattet, G.: Essai sur la nature juridique des titres nominatifs, Thèse Lausanne 1951.
- Gafner, H.: Das Dokumentenakkreditiv unter schweizerischem Recht und dem internationalen Regulativ von 1933, Berner Diss. 1949.
- Gautschi, G.: Einige Bemerkungen zur Rechtsnatur des Dokumentenakkreditivs, SJZ 39 S. 221 ff.
- von Gierke J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 6. Aufl., Berlin 1949.
- Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, II. Bd., Leipzig 1905; *zitiert O. Gierke*.
- Götzinger, F.: Die Wertpapiere, Basel 1937.
- Goldschmidt, L.: Der Ladeschein, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 29. Bd. (1884), S. 18 ff.
- Haab, R.: Schweizerisches Seerecht, in der Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag 1942.
- Häslı, E.: Das Konnossement, Arten und Funktionen, Basler Diss. 1943 (Maschinenschrift).
- Harris, L. C.: Bills of Lading, London 1950.
- Hartmann, K.: Die Haftung des Verfrachters aus Seefrachtrecht nach den Haager Regeln, Berner Diss. 1947.
- Honegger, A.: Wertpapiere und Dokumente im Kreditverkehr, Zürich 1950.
- Jacobi, E.: Die Wertpapiere, in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechtes, 4. Bd., I. Abt., Leipzig 1917, S. 125 ff.; *zitiert Jacobi in Ehrenberg*.
- Jacobi, E.: Zum Wertpapierbegriff, in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, 85. Bd. (1921), S. 22 ff.
- Jäger, P.: Das Lagerhausgeschäft und die Warenpapiere, in der SJZ 14, S. 1 ff.
- Jaeggi, P.: Kommentar zum schweizerischen Wertpapierrecht, 1. und 2. Lieferung, Zürich 1949.
- Irniger, E.: Lagerhausgeschäft und Warenbeleihung in der Schweiz, Zch. rer. pol. Diss. 1929.
- Kaderli, R. J.: Die Sicherung des Bankkredits, Berner Diss. 1938.
- Kaderli/Zimmermann: Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens in der Schweiz, Thun 1947.
- Kaufmann, A.: Der Lagerschein nach schweizerischem Recht, Berner rer. pol. Diss. 1924.
- Klein, H.: Der Uebergang der Rechte vom Absender auf den Empfänger mittels Verwendung des Konnossementes, Basler Diss. 1947 (Maschinenschrift).
- Koenig, W.: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1951.
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichtes, III. Bd., bearbeitet von Reichsgerichtsrat Gadow, Berlin 1941; *zitiert Reichsgerichtskommentar*.
- Knuth, S. F.: Die gegenwärtig üblichen Formulare des See- und Binnenseekonnossementes im Verhältnis zum geltenden See- und Binnenseefrachtrecht, Basler Diss. 1947 (Maschinenschrift).
- Levy, J. A.: Der Warrant, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 2 (1889), S. 249 ff.
- Locher, E.: Das Recht der Wertpapiere, Tübingen 1947.

- Lüthi, H.: Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des Lagerhalters in der Schweiz und die Bedeutung des Lagerscheins, Berner rer. pol. Diss. 1943.
- Lyon-Caen et Renault: *Traité de Droit Commercial*, 4. und 5. Bd., 5. Aufl., Paris 1925 und 1931.
- Matter, A.: Einige Bemerkungen über die bei Anleihsenmissionen üblichen Lieferscheine, SJZ 37 S. 77 ff.
- Meier, H.: Die Lagerwertpapiere nach schweizerischem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Basler Diss. 1941 (Maschinenschrift); *zitiert H. Meier*.
- Meier O.: Abgrenzung der Wertpapiere von den schlichten Beweisurkunden, Berner Diss. 1924.
- Meyer, H. L. F.: Der Begriff des Wechsels, Berner Diss. 1937.
- Morgenthaler, W.: Die Bedeutung der Skriptur im Wertpapierrecht, Berner Diss. 1921.
- Obrist, K.: Das Warenakkreditiv, Zürich 1950.
- Oetterli, A.: Die wechselähnliche Orderanweisung, Zch. Diss. 1944.
- Oftinger, K.: Das Fahrnispfandrecht, Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1952.
- Ortloff, F.: Allgemeine deutsche Wechselordnung, Jena 1848.
- Oser/Schönenberger: Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929/1947.
- Pestalozzi-Henggeler R.: Die Namensaktie und ihre Vinkulierung, Zch. Diss. 1948.
- Recke H.-J.: Lieferscheine und Effektscheck, in den Abhandlungen zum bürgerlichen Handels- und Arbeitsrecht, Heft 2, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.
- Ripert G.: *Droit maritime*, Paris 1929 und 1930.
- Roelli, H.: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 1. Bd., Bern 1914.
- Rothen, H.: Die Verpfändung von Wertpapieren, in der ZBJV 49 S. 398 ff.
- Schäfer, H.: Genusscheine und Genussaktien, Heidelberger Diss. 1919.
- Schnitzer, A.-F.: Handbuch des internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts, Zürich-Leipzig 1938.
- Schönenberger, W.: Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe, 20. Auflage, Zürich 1950.
- Schucany, E.: Die Uebertragung des Eigentums an vinkulierten Namensaktienurkunden, in der SJZ 41 S. 177 ff.
- Schultze, P.: Die wechselähnlichen Papiere des schweizerischen Rechts, Berner Diss. 1923.
- Silberschmidt, E.: Ueber die kaufmännischen Verpflichtungsscheine, im Zentralblatt für Handelsrecht, 1929, S. 332 ff.
- Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Bd., 12. und 13. Auflage, Berlin und Leipzig 1920.
- von Staudinger's Kommentar zum BGB, II. Bd., 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1929.
- von Steiger, F.: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1946.
- Steiner, E.: Die Pfändung von Warenpapieren und von durch Warenpapieren vertretenen Waren, in der SJZ 34 S. 305 ff.
- Stevens, E. F.: *Shipping Practice*, London 1947.
- Stranz, M.: Kommentar zum Wechselgesetz, Berlin 1952.

- Trachsel, R.: Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits, Berner Diss. 1949.
- Ulmer, E.: Akkreditiv und Anweisung, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 126 S. 129 ff.; zitiert *Ulmer im Archiv für zivilistische Praxis*.
- Ulmer, E.: Das Recht der Wertpapiere, Berlin/Stuttgart 1938.
- Voegeli, H. R.: Die Lagerscheine, besonders ihre Verpfändung, im englischen und französischen Recht, Berner Diss. 1952.
- Vogel, W.: Lagerhäuser, Lager- und Lagerpfand-schein, Basler Diss. 1934 (Maschinenschrift).
- Vogt, H. E.: Der Rheinfraachtführer, seine Verträge und seine Haftung, Zch. Diss. 1952.
- Wieland, C.: Wertpapiere und Legitimationspapiere, in der Festgabe der Basler Juristenfakultät für Eugen Huber, S. 1 ff.; zitiert *Wieland in Festgabe*.
- Wieland, C.: Besprechung der 1. Abt. des 4. Bd. von Ehrenbergs Handbuch, in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 83 S. 292 ff.
- Wüstendorfer, H.: Neuzeitliches Seehandelsrecht, Tübingen 1950.
- Wyler-Schmid, M.: Grundlagen des schweizerischen Seeschiffahrts- und Seetransport-rechtes, Zürich 1943.
- Zehnder, J.: Das Lagergeschäft, Berner Diss. 1913.

Weitere Literaturangaben im Texte

VERWENDETE ABBKÜRZUNGEN

A. B. V. T. 1940	Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Gütertransporten.
aOR	Obligationenrecht von 1881
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
BB1	Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen
BV	Schweizerische Bundesverfassung
DHGB	Deutsches Handelsgesetzbuch
E. S. S.	Entwurf eines Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge.
H. R.	Haager Regeln oder Brüsseler Uebereinkunft vom 25. August 1925 betreffend der Konnossemente
IP	Inhaberpapiere
NP	Namenspapiere
OP	Orderpapiere
OR	Obligationenrecht von 1911/1937
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag
WP	Wertpapier
ZBJV	Zeitschrift des Berner Juristen-Vereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

1. Kapitel:

Die Stellung der gewillkürten OP im schweizerischen WP-Recht

§ 1. Einige Bemerkungen zur Geschichte der WP unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse

I. WP UND WP-RECHT IN EUROPA ¹

Bereits im 12. und 13. Jahrhundert waren in Europa Papiere im Umlauf, die unverkennbare Merkmale der heutigen WP trugen. Im 15. und 16. Jahrhundert wurden diese vorübergehend in den Hintergrund gedrängt, da einerseits das römische Recht, das nur Beweisurkunden kannte, allorts rezipiert wurde, während andererseits durch die Anerkennung der gerichtlichen Stellvertretung und der Uebertragbarkeit von Forderungen ein Teil der frühern Aufgaben der WP dahinfielen ². Der sich ausbreitende Handelsverkehr, die steigenden Staatsausgaben, und die beginnende Industrialisierung bildeten Faktoren, die das WP relativ rasch wieder zu neuem Leben erweckten, wobei es jedoch teilweise neuen, andersgearteten Bedürfnissen zu dienen hatte. Heute sind die WP neben dem Geld die absatzfähigste Ware und damit einer der wichtigsten Hebel des Kapitalismus ³.

Die verschiedenen Gesetzgeber befassten sich erst spät mit dem WP-Recht im allgemeinen und begnügten sich bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts mit einer oft fragmentarischen Ordnung des Wechselrechtes, die sich weitgehend auf teilweise jahrhundertealtes Gewohnheitsrecht stützte. Im Verlaufe der Zeit entwickelten sich drei Rechtskreise — deren Behandlung des Wechsels bedeutende Unterschiede aufwies — nämlich der auf dem Code de commerce von 1807 fussende französische Rechtskreis, der an die allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848

¹ Neueste geschichtliche Darstellung der Entwicklung des WP-Rechts: Schultze-von Lasaulx: Beiträge zur Geschichte des WP-Rechtes, Marburg 1931.

² Vgl. Ulmer, S. 4.

³ Ebenso Adler, S. 20.

angelehnte deutsche Rechtskreis und der auf der Bills of Exchange Act von 1832 beruhende angelsächsische Rechtskreis.

Schon frühzeitig wurde die Notwendigkeit einer internationalen Vereinheitlichung des Wechsels-, und eventuell auch des Checkrechts, erkannt. Nach Ueberwindung zahlreicher Schwierigkeiten fanden 1910 und 1912 in den Haag internationale Konferenzen statt, die schliesslich zum Haager Entwurf einer einheitlichen Wechselordnung vom 23. Juli 1912 führten, dessen Einbau in die Landesgesetze jedoch durch den ersten Weltkrieg verhindert wurde. Auf Initiative des Völkerbundes trafen sich die interessierten Nationen 1930 in Genf, wobei nach längeren Beratungen am 7. 6. 1930 folgende Abkommen unterzeichnet wurden:

- a) Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz.
- b) Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Wechselprivatrechts.
- c) Abkommen über das Verhältnis der Stempelgesetze zum Wechselrecht.

Diesen Uebereinkommen folgten mit Datum vom 19. 3. 1931 analoge Verträge auf dem Gebiet des Checkrechtes.

Diese Konventionen führten zu einer teilweisen Verschmelzung des deutschen und französischen Rechtskreises, während das angelsächsische Recht weiterhin seine eigenen Wege ging, da weder England noch die U.S.A. die sechs Abkommen mitunterzeichnet hatten.

Die heute bestehenden gesetzlichen Regelungen des WP-Rechtes in zahlreichen Staaten und die intensive Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit derartigen Papieren dürfen jedoch nicht vergessen lassen, dass die Wirtschaft infolge ihrer Bedürfnisse und für ihre Zwecke das Instrument der WP geschaffen hat.

II. DIE ENTWICKLUNG DES SCHWEIZERISCHEN WP-RECHTES ⁴

Bis zur Revision der BV von 1874 hatte die Kompetenz zum Erlass von Gesetzen über WP bei den Kantonen gelegen. So waren seit 1784⁵ in allen Kantonen nach und nach Wechselgesetze entstanden. Bald nach Gründung des schweiz. Bundesstaates im Jahre 1848 wurde vor allen Dingen in Handelskreisen immer mehr der Ruf nach einem gesamtschweiz.

⁴ Vgl. dazu vor allem die Arbeit von Eugster.

⁵ Wechselgesetze von Genf und St. Gallen.

Wechselrechte laut. Trotz wiederholter Versuche von Bund und einzelnen Ständen kam keine Vereinheitlichung auf der Grundlage eines Konkordates zustande, sodass erst die dem Bunde bei der bereits erwähnten Revision in Art. 64 BV zugestandene Kompetenz zur Regelung der sich auf den Handel und den Mobiliarverkehr beziehenden Rechtsverhältnisse die Verwirklichung dieses Wunsches brachte.

Das als Folge dieser Kompetenz am 14. Juni 1881 erlassene schweiz. Obligationenrecht regelte vor allem das wichtigste WP, den Wechsel, recht eingehend (Art. 720—829 aOR), während Check (Art. 830—837 aOR), wechselähnliche und andere OP (Art. 838—845 aOR) in enger Anlehnung an das Wechselrecht ziemlich summarisch normiert wurden und allen WP gemeinsame Vorschriften überhaupt fehlten.

Unser Wechselrecht von 1881 war keineswegs eine typisch schweizerische Lösung. Im Gegenteil, der Gesetzgeber hatte sich eng an die deutsche Wechselordnung von 1848 gehalten und die meisten Artikel wörtlich dem eben zitierten Gesetze entnommen⁶.

Die Revision von Art. 64 BV im Jahre 1898, die dem Bunde die Kompetenz zur Legiferierung auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechtes gewährte, brachte unter anderem die Notwendigkeit mit sich, das Obligationenrecht an das neu zu schaffende Zivilgesetzbuch anzupassen.

Die recht geteilte Aufnahme, die der von Eugen Huber 1904 ausgearbeitete Entwurf zur Revision des Obligationenrechtes fand, ebenso die stark divergierenden Meinungen in verschiedenen Fragen, bewirkten, dass die 3. Abt. des Obligationenrechtes (24.—33. Titel) betr. der Handelsgesellschaften, WP und Geschäftsfirmen unverändert ins neue, am 30. 3. 1911 angenommene, OR übernommen wurde. Die zuerst vorgesehene Verschmelzung von ZGB und OR wurde ebenfalls fallengelassen. Die Annahme des neuen OR erfolgte allerdings in der Meinung, dass die 3. Abt. so rasch als möglich umgearbeitet und neu gefasst würde.

In der Folge wurde 1919 eine Neufassung des gesamten nicht revidierten Obligationenrechtes von Eugen Huber dem schweiz. Justiz- und Polizeidepartement eingereicht, dessen den WP gewidmeter Teil den Haager Entwurf von 1912 berücksichtigte. Dieser Entwurf wurde von einer Expertenkommission durchberaten und führte 1923 zu einem neuen Vorschlag, der von Dr. A. Hoffmann ausgearbeitet worden war. Auch dieser

⁶ Vgl. Götzinger, F.: Der Wechsel. Einleitung, in Ficks und Schneiders Kommentar zum schweiz. OR, Zürich 1915, S. 293.

wurde wiederum sorgfältig von einem grossen Gremium von Experten geprüft. Als Ergebnis dieser Beratungen unterbreitete der Bundesrat mit Botschaft vom 21. 2. 1928⁷ den eidgenössischen Räten einen Entwurf für ein Bundesgesetz betreffend der Revision der Titel 24—33 des schweiz. OR. Derselbe wurde 1931 und 1932 vom Ständerat behandelt. Inzwischen hatte die Schweiz in Genf die Abkommen betreffend Vereinheitlichung des Wechsels- und Checkrechtes mitunterzeichnet, und der Bundesrat schlug daher in einer Nachtragsbotschaft⁸ vor, den Entwurf sofort an diese Uebereinkommen anzupassen, obschon noch nicht abzusehen sei, ob die Konvention jemals wirklich in Kraft trete. Der Ständerat erklärte sich mit diesem Vorschlag einverstanden und genehmigte am 22. 6. 1932 einstimmig die in diesem Sinne abgeänderte Vorlage. Der Nationalrat, der in der Herbstsession 1932 die Abschnitte über Wechsel und Check im Entwurf des OR, vorgängig der Behandlung der übrigen Bestimmungen, in Beratung zog⁹, kam grundsätzlich zum gleichen Ergebnis wie der Ständerat, wenn er auch beim Checkrecht verschiedene Artikel des bundesrätlichen Entwurfes strich und durch einen Sammelverweis (Art. 1143 OR) auf das Wechselrecht ersetzte.

1934 erfolgte dann die Behandlung der übrigen Bestimmungen der Vorlage zur Revision der Titel 24—33 OR im Nationalrat. Die Beseitigung der Differenzen zwischen den beiden Räten nahm die Jahre 1935 und 1936 in Anspruch, sodass das revidierte OR erst am 1. Juli 1937 in Kraft treten konnte.

⁷ BBl 1928 S. 205 ff.

⁸ Nachtragsbotschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Obligationenrechtes (Anpassung des Wechsel- und Checkrechtes an die Genfer Abkommen) vom 12. 2. 1932, BBl 1932 I S. 217 ff.

⁹ Vgl. Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates, 1932, S. 471 ff.

§ 2. Die Legaldefinition der WP im schweizerischen Recht

I. WARUM EINE LEGALDEFINITION?

Das OR von 1881 enthielt keine Legaldefinition der WP, was auch durchaus begreiflich war, da der Gesetzgeber auf diesem von der Doktrin noch recht wenig behandelten Gebiet keinesfalls durch eine gesetzliche Umschreibung die Anwendung später durch die Praxis oder Lehre gewonnenen Erkenntnisse ausschliessen wollte.

Das Bundesgericht hat in der Folge in ständiger Rechtsprechung¹⁰ nur die IP und OP als WP behandelt. Die Ablehnung der NP als WP stiess jedoch bald auf heftigen Widerstand der Rechtswissenschaft, die zu einem grossen Teil im Banne der von Brunner formulierten Definition¹¹ der WP stand. Trotz dieser Opposition wich das Bundesgericht von seinem Standpunkt nicht ab, da es die vorgebrachten Gegenargumente als nicht genügend stichhaltig fand.

Hingegen sah bereits der von Eugen Huber verfasste Entwurf eine gesetzliche Umschreibung des WP-Begriffes vor¹². Auch alle spätern Entwürfe wiesen eine Legaldefinition der WP auf. Der Wortlaut der von Eugen Huber vorgeschlagenen Lösung wurde zwar nicht vollständig übernommen, aber von der Grundkonzeption, der engen Anlehnung an die Brunner'sche WP-Umschreibung, wurde nicht abgewichen¹³.

In der Expertenkommission wurde von Prof. Dr. E. Huber erklärt, dass eine Begriffsbestimmung der WP deshalb habe aufgenommen werden müssen, weil der Begriff heute noch zu wenig abgeklärt erscheine, als dass man dessen Umschreibung einzig der Gerichtspraxis hätte überlassen dürfen¹⁴.

Die von Prof. Huber angeführten Argumente, die seiner Ansicht nach für eine gesetzliche Verankerung des WP-Begriffes sprechen, scheinen

¹⁰ Praxisänderung erst 1923 in BGE 49 II 354.

¹¹ Brunner in Endemann, S. 147.

¹² Entwurf zur Revision des OR von 1905, 52. Titel, Art. 1682: WP im Sinne dieses Gesetzes ist eine jede Urkunde, mit der ein Recht, auf das sie lautet, derart verknüpft erscheint, dass ohne die Urkunde das Recht weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann.

¹³ Entwurf 1919: 26. Titel, Art. 842.

Entwurf 1923: 34. Titel, Art. 948.

Entwurf 1928: 34. Titel, Art. 945.

OR von 1936: 33. Titel, Art. 965.

¹⁴ Protokoll der 16. Sitzung der Expertenkommission für das schweiz. OR, 22. 10. 1908, S. 1.

u. E. eher geeignet, den Gesetzgeber von einem solchen Schritte abzuhalten. Der Verfasser des ersten Entwurfes gibt selbst zu, dass der Begriff der WP noch wenig abgeklärt sei. Wäre es in diesem Falle nicht besser gewesen, sich an ein altes römisches Rechtssprichwort zu erinnern¹⁵ und die Festlegung der WP der bedeutend anpassungsfähigeren Praxis zu überlassen?

II. DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN WP NACH ART. 965 OR

1. Die Urkunde

Als erste Voraussetzung wird für die WP gefordert, dass eine Urkunde vorhanden sein müsse. Das Wort Urkunde ist in diesem Zusammenhange mit Schuldurkunde gleichzusetzen¹⁶. Die Urkunde wird gebildet durch den Urkundenstoff und die Schrift. Jaeggi¹⁷ bezeichnet diese beiden Elemente als die Gestalt der Urkunde. Die beiden andern von Jaeggi¹⁸ genannten Elemente, der Wortlaut und der Inhalt, scheinen uns nicht notwendig für eine Umschreibung des Urkundenbegriffes. Der Wortlaut ist u. E. schon im Ausdruck Schrift oder Skriptur enthalten, während der Inhalt aus dem Wortlaut hervorzugehen hat. Die Umsetzung des Wortlautes in den Inhalt geschieht aber nicht durch die Urkunde selbst, sondern, losgelöst von derselben, durch menschliche Verstandesarbeit.

2. Verknüpfung von Recht und Urkunde

Mit dem Ausdruck «verknüpfen» will der Gesetzgeber betonen, dass Recht und Urkundenstoff eng miteinander verbunden seien. Das Wort «verknüpfen» wurde dem früher vorgeschlagenen «verkörpern» vorgezogen, da das Letztere eine Trennung überhaupt ausschliessen würde, während bei den WP eine solche im Interesse der Gläubiger unter Umständen notwendig werden kann, so vor allem in den Fällen des unfreiwilligen Verlustes der Urkunde.

a) *Geltendmachung des Rechts*: Damit ist das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner geregelt. Der Gläubiger kann nur gestützt auf die Urkunde und mit Hilfe derselben beim Schuldner sein Recht geltend machen. Hierin scheint uns aber bereits ein Hinweis darauf

¹⁵ Omnis definitio periculosa est.

¹⁶ Vgl. Jaeggi, N. 42.

¹⁷ Vgl. Jaeggi, N. 32.

¹⁸ Vgl. Jaeggi, a.a.O.

gegeben, dass die WP im allgemeinen eine Holschuld verkörpern¹⁹. Der Gläubiger hat das Papier zu präsentieren, er muss sich als der wirklich Berechtigte ausweisen, bevor der Schuldner erfüllen muss.

b) Uebertragung des Rechts: Dieser Ausdruck umfasst die Beziehungen zwischen jetzigem und zukünftigem Eigentümer, ebenso diejenigen zwischen Eigentümer und dinglich Berechtigten (Pfandgläubiger, Nutzniesser, etc.). Die Uebertragung erscheint in diesem Zusammenhange als ein Mittel der Verwertung²⁰.

Auch die Uebertragung kann nicht ohne gleichzeitige Uebergabe des WP erfolgen, wenn sie Gültigkeit beanspruchen will. Ohne die WP-Urkunde ist der neue Gläubiger auf keinen Fall in der Lage, sein Recht auszuüben.

III. EVENTUELLE HERANZIEHUNG WEITERER BESTIMMUNGEN ZUR ABGRENZUNG DES WP-BEGRIFFES

Für den WP-Begriff entscheidende gesetzliche Bestimmungen sind des weitem Art. 966 und 967 OR²¹. Art. 966 OR legt fest, dass die WP nicht nur Präsentations- sondern auch Einlöschungspapiere seien, während Art. 967 OR die Uebertragung des WP zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht näher regelt.

IV. PRÜFUNG DES WP-BEGRIFFES NACH ART. 965 OR

Der in Art. 965 OR aufgestellte WP-Begriff ist zu weit, da er auch die Präsentationspapiere umfasst. Bei den Letztern kann der Schuldner ebenfalls die Zahlung verweigern, wenn der Gläubiger nicht in der Lage ist, die Schuldurkunde zu präsentieren. Bei den WP hingegen kann und muss der Schuldner die Zahlung verweigern, wenn die Urkunde von Gläubigerseite her nicht vorgelegt wird. Zahlt der Schuldner ohne Präsentation der Urkunde, hat er noch einmal zu leisten, sofern ein gutgläubiger Dritter das Papier in seinem Besitze hat.

¹⁹ Ausnahmen bilden Schuldbrief, Gült und Pfandbrief. Im Gesetz ist nur für den Wechsel, und damit wohl für alle OP, ausdrücklich statuiert, dass er eine Holschuld verkörpere (Art. 1028 OR).
Vgl. auch Beeler, S. 10.

²⁰ Vgl. Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweiz. OR, erstattet von Prof. Dr. Eugen Huber im März 1920, S. 181.

²¹ Vgl. K. Otfinger, N. 10 zu Art. 901 ZGB.

Bereits in den Verhandlungen der Expertenkommission war von Prof. Egger auf die Tatsache aufmerksam gemacht worden, dass die vorgesehene WP-Definition die Präsentationspapiere mitumfasse²².

Der einzige Unterschied, der zwischen NP und Präsentationspapieren besteht, liegt nach Egger²³ in der Amortisierbarkeit der Ersteren. Aber selbst die Differenzierung wird durch die vom Gesetzgeber in Art. 977 Abs. 2 OR der Praxis gewährten Konzession weitgehend, wenn nicht sogar vollständig, verwischt²⁴.

Es wurden schon viele Versuche unternommen, um ein gültiges Unterscheidungskriterium für NP und Präsentationspapiere zu finden. Alle diese Bemühungen sind u. E. infolge der nachstehenden Tatsachen zum Scheitern verurteilt:

1. Es besteht kein formallogischer Unterschied zwischen den beiden Papierarten.
2. Es ist sogar fraglich, ob ein quantitativer Unterschied nachweisbar sei²⁵.

V. DIE VON JAEGGI VORGESCHLAGENE AUSLEGUNG VON ART. 965 OR

Jaeggi²⁶ führt die den WP eigentümliche Rechtslage auf ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, das bei gewissen Schuldurkunden hinzutrete, zurück. Dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal bestehe im Versprechen des Schuldners an den Inhaber der Schuldurkunde, nicht ohne Präsentation des Papiers zu leisten. Das WP sei demzufolge eine Urkunde, in welcher der Schuldner verspreche, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu erfüllen.

Jedes WP enthalte zwei Erklärungen des Schuldners; als Schuldurkunde eine an den ersten Nehmer gerichtete Schuldanerkennung, als WP das an den berechtigten Urkundeninhaber gerichtete Versprechen, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu erfüllen²⁷.

²² Verhandlungen der II. Expertenkommission über den II. Entwurf zu einem Bundesgesetz betr. die Revision der Titel 24—33 des OR, herausgegeben 1926, S. 787, Votum Egger.

²³ Egger, a.a.O.

²⁴ Hierzu Bruderer, S. 37.

²⁵ Vgl. Flattet, S. 188; Jaeggi, N. 264.

²⁶ Jaeggi, N. 184.

²⁷ Jaeggi, N. 188.

VI. RESULTATE DIESER AUSLEGUNG

Wir halten die Zurückführung der WP auf ein Versprechen des Schuldners für keine glückliche Lösung des ganzen Problems. Wir können uns nämlich davon bei der Prüfung, ob eine Urkunde ein WP darstelle oder nicht, keinen Vorteil versprechen. Es bleibt nach wie vor genau so ungewiss, ob ein Papier WP sei, da der Eine eine Erklärung als Versprechen des Schuldners im oben genannten Sinne auffassen kann, während ein Anderer in guten Treuen vom Gegenteil überzeugt ist. Auch in diesem Zusammenhange zeigt sich, dass der Inhalt²⁸ einer Urkunde kein Element derselben darstellt, da zwei verschiedene Leser den Willen des Ausstellers verschieden interpretieren können, sofern der Wortlaut der Urkunde nicht eindeutig ist.

Die Heranziehung des Versprechens des Schuldners bedeutet zugleich auch die Anerkennung eines rein subjektiven Elementes im WP-Begriff. Ein solches würde jedoch die Negotiabilität der WP, eines der wichtigsten Merkmale der IP und OP, beeinträchtigen.

§ 3. Einige kritische Bemerkungen zum WP-Begriff des schweizerischen Rechts

I. AUFGABE DER WP

Die WP sind eines der wichtigsten Mittel der Kreditbeschaffung im modernen Wirtschaftsleben. Sowohl öffentliche wie auch private Körperschaften benutzen dasselbe im grossen Umfange. Neben diesen Massenzpapieren existieren als Einzelpapiere ausgestaltete WP, wie z. B. Wechsel, Check.

Alle diese Papiere dienen der modernen Wirtschaft als Geld- oder Warensurrogate. Sie sollen allfällige Zahlungsschwierigkeiten überbrücken helfen oder sollen an Stelle einer Ware verkauft werden mit der Wirkung, dass mit dem Eigentumsübergang am Papier auch das Eigentum an der Ware auf den neuen Papierbesitzer übergeht. Je besser die Surrogatswirkung eines solchen Papieres ist, desto leichter ist es verkäuflich. Neben dieser leichten Verkäuflichkeit muss freilich ein Schutz des Dritterwerbers vor allfälligen Einreden des Schuldners, die nicht aus dem Papier hervorgehen, vorhanden sein, da sonst die Stellung des Käufers immer recht unsicher wäre.

²⁸ Vgl. § 2 II 1.

II. UNTERSUCHUNG VON IP, OP UND NP IM HINBLICK AUF IHRE AUFGABE

1. IP

Ein WP gilt gemäss Art. 978 als IP, wenn aus dem Wortlaut oder der Form der Urkunde ersichtlich ist, dass der jeweilige Inhaber als Berechtigter anerkannt wird. Die Ausstellung eines solchen Papieres setzt die Verbriefung eines Rechtes in einer Urkunde sowie die WP-Klausel (Verknüpfung von Recht und Papier) voraus. Da das IP ein WP öffentlichen Glaubens ist, bedarf es einer qualifizierten WP-Klausel, in der der Schuldner verspricht, demjenigen zu leisten, der sich auf Grund des Urkundenbesitzes als Berechtigter erweist.

Bei einem WP öffentlichen Glaubens sind alle Einreden ausgeschlossen, die nicht aus der Urkunde abzuleiten sind (für IP vgl. Art. 979 Abs. 1 OR), ausgenommen jene, die sich gegen die Gültigkeit der Urkunde als solche richten (Prinzip der Schrift- oder Skripturgemässheit). Ebenso sind alle jene Einreden verboten, die sich aus den Beziehungen des Schuldners zu Vormännern des Papierinhabers ergeben haben (für IP vgl. Art. 979 Abs. 2 OR), sofern dieser beim Erwerb der Urkunde nicht bewusst zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat (Prinzip der Autonomie) ²⁹.

Für die Uebertragung des Eigentums an IP bedarf es gemäss Art. 967 Abs. 1 OR stets nur der Uebertragung des Besitzes an der Urkunde.

Die IP sind für den Verkehr sehr geeignet, da jeder Inhaber als Berechtigter betrachtet wird, und die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Einreden beschränkt sind.

2. OP

Gemäss Art. 1145 OR gilt ein WP als OP, wenn es an Order lautet (gewillkürtes OP) oder vom Gesetz als OP erklärt ist (gesetzliches OP). Da, wie aus Art. 1146 OR hervorgeht, auch die OP zur Gruppe der öffentlichen Glauben beanspruchenden WP gehören, ist bei ihrer Ausstellung ebenfalls eine qualifizierte WP-Klausel notwendig.

Die Uebertragung erfolgt durch Indossierung (Erklärung des Abtretungswillens auf dem OP selbst oder einem mit ihm verbundenen Anhang unter gleichzeitiger Nennung des neuen Berechtigten) und Uebergabe der Urkunde.

Neben dem Besitz der Urkunde ist bei den OP der Nachweis der formellen Berechtigung durch eine ununterbrochene Indossamentenreihe bei

²⁹ Vgl. zu diesen Ausführungen Dörig, S. 52 ff.; Bruderer, S. 136.

der Geltendmachung des verbrieften Anspruches erforderlich. Infolge der erhöhten Legitimationskraft der WP öffentlichen Glaubens muss jedoch der Schuldner nachweisen, sofern er die Leistung verweigern will, dass der Gläubiger materiell nicht berechtigt sei, während er sich umgekehrt bereits durch Zahlung an den formell berechtigten Gläubiger von seiner Verbindlichkeit befreit, sofern er gutgläubig ist.

3. NP

Art. 974 OR stempelt diejenigen WP zu NP, die auf den Namen lauten, und weder an Order gestellt, noch gesetzlich als OP deklariert wurden. Für ihre Ausstellung genügt die einfache WP-Klausel, da sie keine WP öffentlichen Glaubens sind. Die NP kennen daher auch keine Beschränkung der gegen sie gültigen Einreden.

Die Uebertragung dieser Papiere erfolgt mittels Zession, wobei die Abtretungsmitteilung an den Schuldner dahinfällt, weil der Papierbesitz bei den NP die Rolle der obgenannten Erklärung übernimmt³⁰.

Die Umlauffähigkeit der NP ist im Unterschied zu den IP und OP recht beschränkt, da weder Gläubiger noch Schuldner ein grosses Interesse an der Zirkulation eines Papieres haben, bei dem:

- a) der Gläubiger sich alle Einreden, insbesondere auch gegenüber seinen Vormännern bestehende, entgegenhalten lassen muss.
- b) der Schuldner trotz der formellen Legitimation durch den Papierbesitz dennoch die materielle Berechtigung des Gläubigers prüfen muss, ansonst seine Leistung ihn nicht befreit (Art. 975 OR).

III. VERBINDENDE UND TRENNENDE MERKMALE DER DREI WP-ARTEN

1. Gemeinsame Merkmale

IP, OP und NP ist gemeinsam, dass der Schuldner nur gegen Vorweisung der Urkunde leisten muss und kann³¹.

2. Trennende Merkmale

a) Uebertragung: IP und OP werden durch blosser Uebergabe der Urkunde, beziehungsweise durch Uebergabe nebst Indossierung übertragen. Bei den NP hingegen tritt zur Papierübergabe stets auch eine schriftliche Zessionserklärung hinzu.

³⁰ Vgl. Contat, S. 56; Meier, S. 47.

³¹ Vgl. Wieland in Festgabe, S. 13.

b) Legitimationsschutz des Berechtigten und des Verpflichteten: Bei den IP und OP gilt jeder Inhaber, bzw. der zuletzt genannte Indossatar, sofern die Indossamentenreihe keine Lücken ausweist, als Berechtigter. Der Schuldner kann und muss bei Präsentation der Urkunde leisten, sofern er nicht in der Lage ist, nachzuweisen, dass der Urkundenbesitzer materiell nicht berechtigt sei. Die Leistung an den formell Berechtigten befreit den gutgläubigen Schuldner auf jeden Fall.

Bei den NP dagegen muss der Gläubiger bei Präsentation der Urkunde auch seine materielle Berechtigung nachweisen, da eine Leistung an den nur formell Berechtigten den Schuldner nicht befreit.

c) Erwerberschutz³²: Nur IP und OP sind WP öffentlichen Glaubens, d. h. jeder Käufer kann sich auf den Inhalt der Urkunde verlassen. Kauft er sie gutgläubig von einem Nichteigentümer, so wird dieser Mangel durch seine bona fides geheilt, da gegen ihn keine Einreden aus der Person eines früheren Gläubigers erhoben werden können.

Der Gläubiger eines NP jedoch wird durch keine Einredensbeschränkung irgendwelcher Art geschützt.

3. Zusammenfassung

IP, OP und NP ist einzig der Präsentationszwang bei Verlangen der Leistung gemeinsam.

Die Zirkulationsfähigkeit und damit die Erfüllung der wichtigsten Aufgabe der WP³³, wird jedoch durch die relativ komplizierte Uebertragung, sowie durch das Fehlen des Legitimations- und des Erwerberschutzes bei den NP ernsthaft in Frage gestellt. Einzig IP und OP erfüllen die an Zirkulationspapiere gestellten Anforderungen.

IV. AUFGABE UND BEDEUTUNG DER WP-DEFINITION

Der Vorteil der gesetzlichen WP-Definition liegt darin, dass sie die wichtigsten Urkundentypen zusammenfasst, die über den schlichten Geschäfts- und Beweisurkunden stehen³⁴, sofern man von den Legitimations- und Präsentationspapieren absieht, deren Stellung zum mindesten umstritten ist³⁵.

³² Vgl. Locher, S. 8 ff.

³³ Vgl. I dieses Paragraphen.

³⁴ Vgl. Ulmer S. 19; Bruderer, S. 17.

³⁵ Vgl. Flattet, S. 188.

Diesem formellen Vorteil ist vorerst die Ungenauigkeit der Definition entgegenzuhalten³⁶. Ebenso schwerwiegend ist die Tatsache, dass die Umschreibung praktisch nichts über die Natur der WP aussagt³⁷. Die Haupteigenschaften der wichtigsten WP (IP und OP) können von dieser Definition nicht erfasst werden³⁸, weil die NP im Begriffe sonst nicht enthalten wären.

Flattet³⁹ behauptet, die gesetzliche WP-Umschreibung habe nur die Aufgabe, die NP zu WP zu erklären, da diese einzig gestützt auf Art. 965 OR definiert werden könnten, während IP und OP recht gut ohne dieses Hilfsmittel auskämen.

Die Feststellung Flattets ist insofern zutreffend, als die rein negative Definition der NP (Art. 974 OR) vollkommen vom Begriff der WP abhängig ist. Aber sowohl IP (Art. 978 OR) als auch OP (Art. 1145 OR) stützen sich auf den Begriff der WP (Art. 965 OR), indem in den entsprechenden Umschreibungen derselbe in beiden Fällen verwendet wird, sodass Flattets Behauptung zum mindesten eine Uebertreibung darstellt.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

Wir versuchten in diesem Paragraphen zu zeigen, wie dünn die zusammenhängende Schicht zwischen NP, OP und IP tatsächlich ist. U. E. ist daher de lege ferenda das Postulat aufzustellen, die NP aus dem Kreis der WP herauszunehmen und nur den OP und IP WP-Charakter zu verleihen. Dadurch würde auch ein formallogischer Unterschied gegenüber allen andern Urkunden geschaffen. In einer Definition der WP, die nur IP und OP umfassen würde, könnte man tatsächlich die wichtigsten Eigenschaften dieser Papiere erwähnen, sodass bereits die Umschreibung ein lebendiges Bild der definierten Urkunden ergäbe⁴⁰.

Wir haben uns vom Brunner'schen WP-Begriff zu lösen, da derselbe die juristische Begriffsbildung vor und über die wirtschaftliche Funktion der WP stellt. Man darf aber bei der Betrachtung der WP nie ausser acht lassen, dass dieselben von der Praxis und für die Praxis erschaffen wurden, ein Umstand, dem gebührend Rechnung zu tragen ist⁴¹.

³⁶ Vgl. § 2 IV.

³⁷ Vgl. Flattet, S. 79 ff.

³⁸ Vgl. Jaeggi, N. 6 a.E.

³⁹ Vgl. Flattet, S. 98 ff.

⁴⁰ Gleicher Meinung: Ulmer, S. 7.

Anderer Meinung: Jacobi in Ehrenberg, S. 448 ff.

⁴¹ Vgl. § 1 I.

§ 4. Die OP im schweizerischen Recht

I. DIE SYSTEMATISCHE STELLUNG DER OP IM SCHWEIZERISCHEN WP-RECHT

Die allgemeinen Bestimmungen über die OP folgen dem Wechsel- und Checkrecht. Während aber dieses ausserordentlich ausführlich geregelt ist (Art. 990—1144 OR), enthält der 6. Abschnitt, der für wechselähnliche und andere OP bestimmt ist, nur acht Artikel, denen im siebten Abschnitt noch drei weitere speziell über die Warenpapiere angeschlossen sind. Diese beiden Abschnitte stützen sich jedoch weitgehend auf die Bestimmungen über den Wechsel⁴².

II. DIE FORMELLEN VORAUSSETZUNGEN DER OP

1. *Notwendigkeit der ausdrücklichen Order-Klausel*

Ein WP gilt nach Art. 1145 OR als OP, wenn es an Order lautet oder vom Gesetze als OP erklärt ist.

In der WP-Literatur wurde nun immer wieder behauptet⁴³, bei den gewillkürten OP⁴⁴ genüge jede Fassung, aus welcher der Wille des Ausstellers hervorgehe, dass die Geltendmachung des verbrieften Rechtes eventuell einer vom namentlich Genannten unmittelbar oder mittelbar zu bestimmenden Person zustehen solle⁴⁵. Diese Behauptung wurde von Dörig⁴⁶ übernommen und auch für das schweizerische Recht als anwendbar erklärt.

Dörig verkennt in diesem Zusammenhange die Wichtigkeit des Unterschiedes, der gerade auf dem Gebiete des Rechtes der gewillkürten OP zwischen der deutschen und der schweizerischen Regelung besteht.

Das deutsche Recht kennt nur sieben gewillkürte OP, die alle in § 363 DHGB aufgezählt sind⁴⁷. Es besteht zweifellos ein *numerus clausus*.

Im schweizerischen OP-Recht kann das Bestehen eines *numerus clausus* nicht ohne weiteres nachgewiesen werden. Während das Bundesgericht eher zur Befürwortung und Annahme eines solchen hinneigt⁴⁸, bestreitet

⁴² Vgl. Art. 1147, 1149, 1151, 1152 OR.

⁴³ Zuerst von Brunner in Endemann, S. 188.

⁴⁴ Bei den gesetzlichen OP stellt sich diese Frage verständlicherweise überhaupt nicht.

⁴⁵ Brunner in Endemann, S. 188. Vgl. auch Ulmer, S. 22.

⁴⁶ Dörig, S. 76.

⁴⁷ Vgl. Ulmer, S. 24.

⁴⁸ Vgl. BGE 65 II 66 ff.

die schweizerische Doktrin⁴⁹, und mit ihr auch Dörig⁵⁰, das Vorhandensein eines *numerus clausus*⁵¹.

Durch die Verneinung des *numerus clausus* wird die Möglichkeit geschaffen, sogenannte unbenannte gewillkürte OP auszugeben. Die Emission von solchen Papieren birgt nun gewisse Gefahren für den Verkehr in sich, die bedeutend grösser würden im Augenblicke, wo man auf das Wort «Order» in der Orderklausel verzichten würde. Art. 1145 OR sagt denn auch ausdrücklich: «wenn es an Order lautet». Gerade im WP-Recht ist es von grösster Wichtigkeit, allein auf den Wortlaut der Erklärung abstellen zu können⁵². Nur dadurch wird die grösstmögliche Zirkulationsfähigkeit gewährleistet und den WP ermöglicht, ihre Aufgaben voll und ganz zu erfüllen.

Die von der deutschen Doktrin für das deutsche Recht angegebene Lösung kann für das OR infolge des Fehlens eines *numerus clausus* nicht in Frage kommen. Das Festhalten am Wort «Order» scheint uns eine unbedingte Notwendigkeit, die sowohl durch die teleologische als auch durch die grammatikalische Auslegung des Gesetzestextes unterstützt wird⁵³.

2. Unterschrift bei OP

Aus der Tatsache, dass es OP gibt, bei denen auf der Rückseite des Papiers noch Bedingungen niedergelegt sind, z. B. bei Obligationen im engern Sinne, will Dörig⁵⁴ die Feststellung ableiten, die Unterschrift müsse bei WP nicht am Ende des Textes, also unter der Skriptur, angebracht werden. Der von Dörig gezogene Schluss scheint uns, wenn auch nicht falsch, so doch irreführend zu sein. Die Unterschrift hat auf jeden Fall am Ende des Textes der Vorderseite zu stehen und deckt damit den für die WP-Qualifikation wichtigen Teil. Die bei einzelnen WP auf der Rückseite angeführten Bedingungen betreffen im allgemeinen Fragen der Fälligkeit, Datum der Verzinsung, Möglichkeit einer vorzeitigen Rückzahlung, etc. Eine Ausnahme bilden einzig die kausalen WP. Unter diesen sind in erster Linie die Mitgliedschaftspapiere zu erwähnen, deren Stellung von Gesetzes wegen von den Statuten der sie herausgebenden Gesellschaft abhängt und bei denen demzufolge nicht alles selbst für die WP-Qualifi-

⁴⁹ Vgl. Flattet, S. 122. Bruderer, S. 141. Strohmeier, S. 45.

⁵⁰ Dörig, S. 20.

⁵¹ Näheres über den *numerus clausus* in § 7.

⁵² Gleicher Ansicht ist Ulmer, S. 51.

⁵³ Gleiche Ansicht bei Schultze, S. 50.

⁵⁴ Vgl. Dörig, S. 116.

kation Entscheidende der Skriptur der Vorderseite entnommen werden kann.

3. Bedingte OP

Da das Gesetz in Art. 637 OR auch die nicht voll einbezahlte Namensaktie als gesetzliches OP bezeichnet, stellt sich die Frage, ob das Gesetz ganz allgemein von einer Gegenleistung abhängige, mit der Orderklausel ausgestattete Papiere als OP anerkenne. Eine generelle Anerkennung von bedingten OP findet jedoch einerseits keine Stütze im Gesetz, und würde offensichtlich die wichtigste Funktion der OP, als Zirkulationspapier zu wirken, verunmöglichen, da bei jeder Weiterbegebung der Urkunde eine besondere Schuldübernahme durch den Erwerber notwendig wäre. Die allgemeine Zulassung von bedingten OP ist daher abzulehnen⁵⁵.

III. MATERIELLE SCHRANKEN DER OP

In diesem Zusammenhange ist zu untersuchen, ob schlechthin alle verkehrsfähigen Sachen (*res in commercio*) in einem OP verbrieft werden können.

1. Unvertretbare Sachen⁵⁶

Das Gesetz bestimmt in Art. 1152 OR ausdrücklich, dass nur vertretbare Sachen als Inhalt von benannten Verpflichtungsscheinen an Order zugelassen sind. Es stellt sich nun die Frage, ob trotzdem auf Spezies lautende unbenannte⁵⁷ Orderverpflichtungsscheine möglich seien oder ob gar alle gewillkürten OP, vor allem jedoch die Warenpapiere⁵⁸, von der erwähnten Einschränkung betroffen werden.

Wir sind der Auffassung, dass bei einer Verneinung des *numerus clausus* bei den gewillkürten OP⁵⁹ keine gesetzespolitischen Interessen bestehen, die einen Ausschluss von Spezies beurkundenden gewillkürten OP rechtfertigen liessen, und daher auch derartige unbenannte OP in den Verkehr gebracht werden können, sofern dafür ein Bedürfnis besteht.

⁵⁵ Anderer Meinung Dörig, S. 58. Gleicher Meinung Brunner in Endemann, S. 157.

⁵⁶ Vgl. auch die Ausführungen in den §§ 9 III 2; 16 I 3; 17 III 6.

⁵⁷ Unterschied zwischen benannten und unbenannten gewillkürten OP in § 4 II 1.

⁵⁸ Wie Beeler, S. 264 annimmt.

Gegenteilige Meinung bei Jacobi in Ehrenberg, S. 125; Dörig, S. 46.

⁵⁹ Vgl. dazu § 7.

2. *OP mit unsichern, in der Zukunft liegenden Ansprüchen*

In der Literatur wurde auch die Frage aufgeworfen, ob es überhaupt möglich sei, einen erst in der Zukunft entstehenden, unsichern Anspruch in einem OP zu verbriefen⁶⁰.

Wir werden in § 21 eingehend auf dieses Problem zurückkommen. An dieser Stelle soll nur festgestellt werden, dass der Gesetzgeber eine generelle Ausschliessung derartiger Ansprüche vom Kreise der WP nicht vorgesehen hat, wie Art. 73 Abs. 2 VVG beweist.

IV. SONDERFÄLLE AUF DEM GEBIETE DER OP

Die im WP-Recht wichtigste Einteilung in IP, OP und NP ist nicht ohne Uebergänge und Zwischenstufen⁶¹. Bei den schweizerischen OP sind vor allem die Pfandtitel, mit Ausnahme der Grundpfandverschreibung⁶², die Pfandbriefe und die vinkulierte Namensaktie in diesem Zusammenhange näher zu untersuchen.

1. *Schuldbrief und Gült*

Im Gesetz findet sich keine Bestimmung, die klar die Stellung des Schuldbriefs und der Gült in der Stufenfolge der Urkunden kundgibt. Nach Art. 868 ZGB kann jedoch ein Schuldbrief oder eine Gült nur in Verbindung mit dem Besitz des Pfandtitels veräussert, verpfändet oder überhaupt geltend gemacht werden. Ein Vergleich mit der Legaldefinition für WP (Art. 965 OR) zeigt, dass alle dort verlangten Voraussetzungen erfüllt sind, und Schuldbrief und Gült demzufolge als WP zu betrachten sind.

Auf Grund von Art. 866 ZGB gelten Schuldbrief und Gült als WP öffentlichen Glaubens. Ein auf den Namen ausgestellter Schuldbrief oder eine derartige Gült können daher nur gesetzliches OP sein⁶³.

Trotz dieser verhältnismässig klaren Sachlage werden immer wieder Zweifel laut an der OP-Qualität der genannten Papiere, wobei vor allem drei Gründe ins Feld geführt werden:

- a) Art. 869 Abs. 2 ZGB schliesst die Blankogirierung von Schuldbrief und Gült aus.

⁶⁰ Literaturangaben dazu bei Oftinger, N. 81 zu Art. 900 ZGB.

⁶¹ Vgl. Jacobi in Ehrenberg, S. 214.

⁶² Dieselbe kann nach Art. 825 Abs. 2 ZGB niemals WP sein.

⁶³ Vgl. dazu auch BGE 43 II 767 ff.

- b) Schuldbrief und Gült sind keine Hol-, sondern Bringschulden (Art. 361 Abs. 1 ZGB).
- c) Der Schuldner kann gemäss Art. 362 Abs. 1 ZGB Zinse und Annuitäten, für die keine Coupons bestehen, ohne Präsentation des Titels an den ihm bekannten Gläubiger leisten. Dadurch kann vorkommen, dass der Titel bereits verkauft ist und der Schuldner immer noch dem alten Gläubiger zinst.

All die eben geschilderten Ausnahmen ändern jedoch nichts an der Tatsache, dass Namensschuldbrief und Namensgült die Voraussetzungen von gesetzlichen OP erfüllen⁶⁴.

2. Pfandbriefe

Der in einem speziellen Bundesgesetz⁶⁵ geregelte Pfandbrief ist laut Art. 7 Abs. 2 Satz 2 des genannten Gesetzes, der mit Art. 369 ZGB völlig übereinstimmt, ein WP⁶⁶. Trotz des Fehlens einer zu Art. 366 ZGB analogen Norm sind die auf den Namen lautenden Pfandbriefe als gesetzliche OP zu betrachten. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch die Materialien (vgl. BBl 1925 III S. 527 ff.) bestätigt. Des weitem darf nicht übersehen werden, dass der Pfandbrief ein Börsenpapier ist⁶⁷. Der Gesetzgeber versuchte mit allen Mitteln, dem Pfandbrief eine möglichst weitgehende Verbreitung zu sichern. Es wäre daher vollkommen widersinnig, wenn er die auf den Namen ausgestellten Pfandbriefe nicht als WP öffentlichen Glaubens anerkennen würde.

Auch beim Pfandbrief ist das Blankoindossament untersagt⁶⁸, während die für den Schuldbrief und Gült unter lit. b und c besprochenen Ausnahmen wegfallen.

3. Vinkulierte Namensaktie

Die in diesem Zusammenhange ebenfalls zu untersuchenden vinkulierten Namensaktien sollen erst in § 6, wo von den gesetzlichen OP im allgemeinen die Rede sein wird, behandelt werden.

⁶⁴ Gleicher Meinung Bruderer, S. 45 ff.

⁶⁵ Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930.

⁶⁶ Ebenso Brühlmann, S. 61.

⁶⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 14. Dez. 1925, BBl 1925 III S. 532.

⁶⁸ Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930, Art. 7 Abs. 2 letzter Satz.

§ 5. Geltendmachung und Uebertragung der in OP verbrieften Rechte

Entscheidend für die in diesem Paragraphen zu prüfenden Fragen ist die Tatsache, dass die OP der Gruppe der WP öffentlichen Glaubens angehören⁶⁹. Ihr Wortlaut ist unbedingt massgeblich, sofern der Besitzer gutgläubig ist⁷⁰.

I. DIE GELTENDMACHUNG DER OP

A) Bei Besitz der Urkunde

Der auf Erfüllung drängende Gläubiger hat dem Schuldner die das WP verkörpernde Urkunde zu präsentieren. Jener hat eine rein formelle Prüfung der Indossamentenreihe vorzunehmen, um sich zu vergewissern, dass gemäss derselben der Fordernde auch als Berechtigter erscheint. Besteht eine Lücke innerhalb der Indossamentenreihe, so ist das Vorliegen einer gültigen Zession oder eines andern, z. B. erbrechtlichen Rechtsüberganges nachzuweisen⁷¹. Die durch den Schuldner vorzunehmende Untersuchung erstreckt sich nicht auf die Echtheit der Unterschriften. Selbst eine Zahlung an den rein formell Berechtigten befreit ihn, sofern er im Moment der Leistung nicht bösgläubig war⁷².

Dem sich gegen den gutgläubigen Präsentanten einer OP-Urkunde zur Wehr setzenden Schuldner stehen nach Art. 1146 Abs. 1 OR nur drei eng begrenzte Möglichkeiten offen:

1. Gültigkeitsanfechtung der Urkunde als solcher.
2. Aus der Urkunde selbst hervorgehende Einreden.
3. Persönliche Einreden gegen den jeweiligen Gläubiger.

Einreden, die sich auf die Beziehungen zwischen Schuldner und dem vorgängigen Gläubiger gründen, sind nach Art. 1146 Abs. 2 OR nur zulässig, wenn der fordernde Papierinhaber beim Erwerb des OP bewusst zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat, also bösgläubig war.

Die in Art. 1146 OR festgelegte Einredensbeschränkung fällt gegenüber dem ersten Nehmer eines OP weg⁷³, da bei ihm die zur Schaffung dieser Institution führenden Voraussetzungen völlig fehlen.

⁶⁹ Vgl. hierzu § 3 II.

⁷⁰ Vgl. Brunner in Endemann, S. 168.

⁷¹ Vgl. Jacobi in Ehrenberg, S. 163.

⁷² Vgl. Beeler, S. 42.

⁷³ Vgl. Brunner in Endemann, S. 171.

B) Bei Fehlen der Urkunde

Bei Fehlen der OP-Urkunde hat der Gläubiger vorerst keine Möglichkeit, seine Forderung geltend zu machen oder zu übertragen, da der Schuldner, sofern er der Gefahr eines zweimaligen Leistenmüssens entgegen will, nur bei Vorweisen des Papieres erfüllt.

Um die für den Gläubiger daraus entstehenden Härten zu mildern, hat der Gesetzgeber schon im allgemeinen Teil des WP-Rechtes vorgesehen, dass vermisste WP kraftlos erklärt werden können (Art. 971 Abs. 1 OR). Diese Erklärung kann nach Art. 971 Abs. 2 OR von demjenigen verlangt werden, der im Augenblicke des Verlustes oder der Entdeckung desselben am Papier berechtigt war.

Die gerichtliche Kraftloserklärung entkleidet die WP-Urkunde ihres WP-Charakters. Auch der gutgläubige Erwerb eines solchen entwerteten Papieres ist nicht geschützt ⁷⁴.

Die Kraftloserklärung einer vermissten Urkunde soll die Frage des Forderungsberechtigten klären ⁷⁵. Das Urteil ersetzt bei der Geltendmachung die Urkunde ⁷⁶.

Der von Jacobi ⁷⁷ vorgesehene Ausschluss der gesetzlichen Amortisation durch Vereinbarung erscheint uns unzulässig, da Art. 971 OR u. E. eine zwingende Norm darstellt. Das Fehlen einer Möglichkeit, bei unfreiwilligem Verlust der Urkunde sein Recht auf eine andere Art geltend zu machen, würde bestimmt die Zirkulationsfähigkeit eines solchen WP beeinträchtigen und ist auch aus diesem Grunde nicht wünschbar.

Die speziellen Bestimmungen für die Kraftloserklärung von OP ⁷⁸ finden wir in Art. 1072—1081 OR ⁷⁹. Die eben zitierten gesetzlichen Normen sind eindeutig und bedürfen in unserm Zusammenhange keiner weiteren Erklärungen ⁸⁰. Es soll aber ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das erstrittene Ausschlussurteil nur gegenüber dem Schuldner legitimiert und für die Uebertragung nicht in Frage kommt ⁸¹.

⁷⁴ Vgl. Ulmer, S. 91.

⁷⁵ Gleicher Ansicht, Strohmeier, S. 22. Anderer Ansicht, Jaeggi, N. 179.

⁷⁶ Vgl. Ulmer, S. 91.

⁷⁷ Jacobi in Ehrenberg, S. 384.

⁷⁸ Vgl. zu dieser Frage: F. Strohmeier: Die gerichtliche Kraftloserklärung von WP, Zürcher Diss. 1952.

⁷⁹ Verweisung auf diese Bestimmung in Art. 1143 Ziff. 19 OR (Check); Art. 1147 OR (wechselähnliche Orderanweisung); Art. 1151 Abs. 1 OR (Zahlungsversprechen an Order); Art. 1152 Abs. 2 OR (andere indossierbare Papiere).

⁸⁰ Ueber die besonderen Schwierigkeiten bei der Kraftloserklärung von Blankopapieren, vgl. Strohmeier, S. 47.

⁸¹ Vgl. Jacobi in Ehrenberg, S. 400.

II. DIE ÜBERTRAGUNG DER OP

A) Bei Besitz der Urkunde

Zur Uebertragungsabrede und Uebergabe der Urkunde, die beim IP für den Eigentumswechsel allein notwendig sind, tritt beim OP als weitere Voraussetzung die schriftliche Abtretungserklärung hinzu. Diese weist im allgemeinen die Form des Indossamentes⁸² auf, doch kann der Eigentumsübergang auch mit Hilfe einer Zession erfolgen. Die zweite Lösung bildet freilich die Ausnahme, da sich der Zessionär Einreden gegen die Person seines Vorgängers gefallen lassen muss⁸³, während bei einer wertpapierrechtlichen Uebertragung für den Schuldner nur die drei bekannten⁸⁴ Einredensmöglichkeiten bestehen.

B) Bei Verlust der Urkunde

Wie schon an anderer Stelle⁸⁵ angetönt wurde, ist eine Uebertragung ohne Urkunde ausgeschlossen, da der neue Gläubiger in diesem Falle gar keine Möglichkeit hat, sein Recht zu beweisen.

Selbst nach erfolgtem Ausschlussurteil ist eine Uebertragung nicht möglich, bevor auf Grund des Urteils die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangt worden ist⁸⁶. Erst diese verschafft dem Gläubiger wiederum seine ursprüngliche Position.

III. DAS INDOSSAMENT

A) Die gesetzliche Regelung des Indossamentes und seine Wirkungen

1. Allgemeines

Das Indossament, die für OP typische Uebergangsform, ist im Wechselrecht ausführlich geregelt (Art. 1001—1010 OR). Auch an dieser Stelle zeigt sich wiederum die enge Verbundenheit von Wechselrecht und übrigen OP-Recht, da die in Art. 1002 ff. OR zu findenden Normen mit wenigen Abänderungen für alle andern OP Geltung beanspruchen⁸⁷.

⁸² Näheres über das Indossament in III. dieses Paragraphen.

⁸³ Vgl. Jacobi in Ehrenberg, S. 265. Ulmer, S. 58.

⁸⁴ Vgl. I A dieses Paragraphen.

⁸⁵ Vgl. I B dieses Paragraphen.

⁸⁶ Vgl. Art. 972 Abs. 1 OR.

⁸⁷ Verweisung auf diese Normen in Art. 1143 Abs. 1 Ziff. 4; 1147; 1151 Abs. 1; 1152 Abs. 1 OR.

2. Form

Die gebräuchlichste Form des Indossamentes lautet: «Herr XY oder Order, gez. Z. Z.» Diese Formel ist im allgemeinen auf der Rückseite des OP zu finden⁸⁸. Von Gesetzes wegen wird freilich nur verlangt, dass das Indossament auf dem OP selbst oder einem damit verbundenen Blatt, Anhang oder Allonge genannt, stehe und vom Indossanten unterschrieben worden sei (Art. 1003 OR). Die Unterschrift hat nach Art. 1085 Abs. 1 OR stets eigenhändig zu sein und kann nicht durch mechanische Nachbilder der eigenhändigen Schrift oder durch öffentliche Beurkundung ersetzt werden (Art. 1085 Abs. 2 OR).

Die Doktrin neigt dazu, auch bei den gewillkürten OP Indossamente gelten zu lassen, die weder Blankoindossamente⁸⁹ sind, noch das Wort Order enthalten. Aus Gründen der Rechtssicherheit halten wir diese Auffassung für verfehlt⁹⁰.

3. Wirkungen

Das Wechselindossament übt eine dreifache Wirkung aus:

- a) Uebertragung des Wechsels (Art. 1004 OR).
- b) Einredebeschränkung des Schuldners (Art. 1006 und 1007 OR)⁹¹.
- c) Garantie des Indossanten für Annahme und Zahlung (Art. 1005 OR).

Die Garantiefunktion des Indossanten ist für die Anweisungen an Order abgeschwächt⁹² und für die in Art. 1152 OR geregelten OP überhaupt aufgehoben⁹³.

B) Technische und zivile OP

Die von der deutschen Doktrin⁹⁴ eingeführte Unterscheidung von technischen und zivilen OP wurde auch von einigen schweizerischen Autoren übernommen und für das schweizerische WP-Recht als gültig erklärt⁹⁵.

Die eben angeführte Einteilung gilt jedoch nur zu Recht, wenn auch im OR ein *numerus clausus*⁹⁶ für OP besteht. Wird das Vorhandensein eines *numerus clausus* verneint, so bleibt für die zivilen OP kein Raum

⁸⁸ Daher der Name Indossament.

⁸⁹ Art. 1003 Abs. 2 OR.

⁹⁰ Näheres zu dieser Frage in § 4 II.

⁹¹ Vgl. § 5 I A.

⁹² Art. 1148 Abs. 2 OR.

⁹³ Art. 1152 Abs. 3 OR.

⁹⁴ Vgl. statt vieler Ulmer, S. 27.

⁹⁵ So Meier, S. 39. Zuletzt Jaeggli, N. 243.

⁹⁶ Vgl. § 7.

mehr. Alle mit einer Orderklausel ausgestatteten WP beanspruchen in diesem Falle öffentlichen Glauben und schränken die Einreden des Schuldners ein, da für alle derartigen Papiere Art. 1146 OR gilt.

C) Arten des Indossamentes

1. *Vollindossament*

Mit Hilfe desselben werden alle Papierrechte von einem Gläubiger auf den andern übertragen⁹⁷. Es ist das übliche Indossament und im Zweifelsfall ist stets auf ein Vollindossament zu schliessen. Das Vollindossament kann entweder in der Gestalt des gewöhnlichen Indossamentes⁹⁸ oder als Blankoindossament erscheinen.

Beim Blankoindossament kann der Name des Indossataren einfach offen bleiben oder der Indossant kann sogar nur durch seine Unterschrift, die aber in diesem Falle von Gesetzes wegen auf der Rückseite des OP angebracht werden muss⁹⁹, seinen Abtretungswillen dokumentieren.

Im Zusammenhang mit dem Vollindossament ist noch zu erwähnen, dass Art. 1002 OR sogenannte Teilindossamente¹⁰⁰ für den Wechsel als nichtig erklärt, während allfällige Bedingungen, die mit dem Indossament verknüpft sind, als nicht geschrieben gelten.

2. *Offenes Prokuraindossament*

Soll das OP nur zur Erfüllung eines Auftrages, wie z. B. zum Inkasso, übertragen werden, kann man sich des sogenannten offenen Prokuraindossamentes bedienen. Das gewöhnliche Indossament wird hierzu mit dem Zusatz «Wert zur Einziehung» oder einem ähnlichen Vermerk versehen. Der Beauftragte besitzt von diesem Zeitpunkt an alle Rechte aus dem Papier, doch kann er dasselbe nur durch Vollmachtsindossament weiter übertragen¹⁰¹. Dem Schuldner stehen auch gegenüber dem Beauftragten nur jene Einwendungen zur Verfügung, die er dem Indossanten entgegensetzen konnte¹⁰². Persönliche Einreden gegenüber der Person des Indossataren sind wirkungslos.

⁹⁷ Wirkungen dieser Uebertragung vgl. § 5 III A 3.

⁹⁸ Vgl. § 5 III A 2.

⁹⁹ Vgl. Art. 1003 Abs. 2 OR.

¹⁰⁰ Es soll nur ein Teil des im OP verbrieften Wertes übertragen werden.

¹⁰¹ Art. 1008 Abs. 1 OR.

¹⁰² Art. 1008 Abs. 2 OR.

3. Stilles Prokuraindossament

In vielen Fällen mag das Anbringen eines offenen Prokuraindossamentes nicht als ratsam erscheinen¹⁰³. Unter derartigen Umständen wird das OP jeweils durch Vollindossament übertragen, wobei zwischen Indossanten und Indossataren eine den Umfang des Auftrages regelnde Vereinbarung besteht. Selbst beim stillen Prokuraindossament kann der Schuldner die ihm gegen den Indossanten zustehenden Einreden gegenüber dem Indossataren geltend machen, da dieser, wirtschaftlich gesehen, nicht erwirbt¹⁰⁴. Wird das mit einem stillen Prokuraindossament versehene OP von einem ungetreuen Indossataren einem Dritten durch Indossament übertragen, kommen demselben alle Rechte aus dem Papiere zu, sofern er gutgläubig ist^{105 106}.

IV. DAS PFANDRECHT AN OP¹⁰⁷

Der Verpfändung von WP hat der Gesetzgeber in Art. 901 ZGB eine spezielle Vorschrift gewidmet und dadurch ihrer (der WP) besondern Struktur Rechnung getragen. Neben dieser wertpapiermässigen Verpfändung ist aber auch die Errichtung eines Pfandrechtes auf Grund von Art. 900 ZGB (nicht wertpapiermässige Verpfändung) möglich¹⁰⁸.

A) Wertpapiermässige Verpfändung

Die Errichtung eines Pfandrechtes an einem OP geschieht gemäss Art. 901 Abs. 2 ZGB durch Uebergabe der Urkunde in Verbindung mit einem Indossament oder einer Abtretungserklärung. Im an und für sich durchaus unterstützungswürdigen Bestreben, möglichst knappe und prägnante Formulierungen zu verwenden, spricht der Gesetzgeber von Indossament oder Abtretungserklärung, sodass laut Gesetz für NP und OP beide Möglichkeiten offenzustehen scheinen. Wie aus den Materialien jedoch eindeutig hervorgeht¹⁰⁹, sollte in Art. 901 ZGB für OP nur eine Verpfändung mit Hilfe eines Indossamentes in Frage kommen, während der

¹⁰³ Zur Begründung vgl. Jacobi in Ehrenberg, S. 191.

¹⁰⁴ Gleicher Meinung, Jacobi in Ehrenberg, S. 194.

¹⁰⁵ Das stille Prokuraindossament ist im Gesetze nirgends erwähnt, da es nach aussen als Vollindossament erscheint.

¹⁰⁶ Zwecks Vervollständigung der Aufzählung ist auch an dieser Stelle auf das offene und auf das stille Pfandindossament hinzuweisen. Ihre materielle Behandlung soll jedoch dem Abschnitt über die Pfändung von OP vorbehalten bleiben.

¹⁰⁷ Literaturzusammenstellung bei Oftinger, N. 1 zu Art. 901 ZGB.

¹⁰⁸ Vgl. statt vieler: Oftinger, N. 2 zu Art. 900 ZGB.

¹⁰⁹ Vgl. Erläuterungen zum ZGB, 2. Auflage, 1914, Bd. II, S. 329/30.

Ausdruck «Abtretungserklärung» einzig und allein für die NP bestimmt war ¹¹⁰.

Erscheinungsformen

1. Offenes Pfandindossament

Ein mit dem Zusatz «Wert zur Sicherheit» oder einem ähnlichen Vermerke versehenes Indossament kennzeichnet den Inhaber des OP als Pfandgläubiger. Er kann gemäss Art. 1009 Abs. 1 OR alle Rechte aus dem WP geltend machen, jedoch hat ein von ihm ausgestelltes Indossament lediglich die Wirkungen eines Vollmachtenindossamentes. Der Schuldner kann gegen den Pfandgläubiger die persönlichen Einreden, die ihm gegen den Indossanten zustanden, nur verwenden, falls der Erstere bewusst zu seinem (des Schuldners) Nachteil gehandelt hat ¹¹¹.

2. Stilles Pfandindossament

In der Praxis hat die Schaffung eines Pfandrechtes an OP durch Uebertragung mittels Vollindossament eine bedeutend grössere Bedeutung erlangt als die Errichtung mit Hilfe eines offenen Pfandindossamentes, da das Letztere das WP für die gesamte Zeit seiner Existenz mit einem gewissen Makel behaftet. Nach aussen tritt der Pfandgläubiger dann als unbeschränkter Inhaber auf, doch zieht die an und für sich durchaus mögliche Weiterindossierung für den seine Vertrauensstellung missbrauchenden Pfandgläubiger schwere Sanktionen nach sich ¹¹².

An Stelle des gewöhnlichen Indossamentes kann auch beim stillen Pfandindossament die Blankorgirierung treten ¹¹³. Diese Form hat vor allem im Zusammenhang mit dem Lombardgeschäft ¹¹⁴ grosse Bedeutung erlangt.

3. Sicherungsübereignung ¹¹⁵

Das stille Pfandindossament kann durch die Sicherungsübereignung, die dem Inhaber fiduziarisches Eigentum verschafft, ersetzt werden. In der Praxis ist diese Lösung jedoch relativ selten anzutreffen.

¹¹⁰ Vgl. zu diesem Problem vor allem Oftinger, N. 91—95 zu Art. 901 ZGB; sowie Beeler, S. 110 ff.

¹¹¹ Art. 1009 Abs. 2 OR.

¹¹² Vgl. Oftinger, N. 73 zu Art. 901 ZGB.

¹¹³ Vgl. Oftinger, N. 85 zu Art. 901 ZGB. Beeler, S. 108.

¹¹⁴ Näheres über das Lombardgeschäft bei Beeler, S. 116 ff. Vgl. auch J. Hiestand: Lombardgeschäft und Lombardierung nach schweizerischem Recht. Abhandlung zum schweizerischen Recht, Heft 99.

¹¹⁵ Vgl. Oftinger, N. 84 zu Art. 901 ZGB.

B) Nicht wertpapiermässige Verpfändung

Gemäss Art. 900 Abs. 1 ZGB ist bei dieser Verpfändungsart neben der Uebergabe der Urkunde die Abfassung eines schriftlichen Pfandvertrags notwendig. Im Unterschied zur wertpapiermässigen Verpfändung stehen hier dem Schuldner etwaige Einreden gegen Vormänner des Inhabers zur Verfügung.¹¹⁶

Erscheinungsformen

1. Uebergabe des Papiers mit separatem Pfandvertrag

Diese Form hat den Vorteil, auf dem WP selbst keine Spuren zu hinterlassen und wird vor allem von den Banken im Lombardverkehr verwendet¹¹⁶.

2. Uebergabe des Papiers mit darauf gesetzter Abtretungserklärung

Infolge der unglücklichen Formulierung von Art. 901 ZGB ist auch das Bestehen dieser Verpfändungsform anzuerkennen, wobei umstritten ist, ob eine derartige Abtretungserklärung zu einer wertpapiermässigen Verpfändung führe oder nicht¹¹⁷.

§ 6. Die gesetzlichen OP

Das OR unterscheidet gesetzliche und gewillkürte OP. Ein WP gilt nach Art. 1145 OR als gesetzliches OP, wenn es vom Gesetzgeber zum OP erklärt worden ist. Das Vorhandensein der Orderklausel ist demzufolge bei derartigen WP unnötig¹¹⁸. Die Legaldefinition der OP gibt keinen Aufschluss, ob die eben erwähnte Erklärung stillschweigend oder ausdrücklich sein müsse. Es kann jedoch kein Zweifel darüber bestehen, dass der entsprechende gesetzgeberische Wille im Gesetzestexte klar und unzweideutig zum Ausdruck zu kommen hat.

Trotz der eindeutigen Norm besteht in der WP-Literatur keineswegs Einigkeit in der Frage, welche WP den gesetzlichen OP zuzurechnen seien. Ursachen dieser Diskussion bilden einerseits verschiedene Gesetzesartikel, die sich mit den einzelnen Erscheinungsformen von gesetzlichen OP be-

¹¹⁶ Vgl. Beeler, S. 112.

¹¹⁷ Vgl. dazu Oftinger, N. 91—95 zu Art. 901 ZGB, der in diesem Falle die wertpapiermässige Verpfändung bejaht; die gegenteilige Auffassung vertritt Beeler, S. 112.

¹¹⁸ Vgl. Beeler, S. 24.

fassen, und die bedeutend weniger klar sind als die in Art. 1145 OR formulierte Legaldefinition, andererseits aber auch die Tendenz verschiedener Autoren, eigenen oder fremden Theorien mehr Bedeutung als dem Wortlaut des Gesetzes beizumessen.

Gesetzliche OP-Typen

I. WECHSEL

Gezogener und eigener Wechsel sind gesetzliche OP (Art. 1001 Abs. 1 OR; Art. 1093 Abs. 1 OR). Hat aber der Aussteller in den Wechsel die Worte «nicht an Order» oder einen gleichlautenden Vermerk aufgenommen, so kann der Wechsel nur in der Form und mit den Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung übertragen werden (Art. 1001 Abs. 2 OR).

II. NAMENSHECK

Der an eine bestimmte Person zahlbar gestellte Check ist ein gesetzliches OP (Art. 1103 OR). Eine vom Aussteller auf den Check gesetzte Rektaklausel zeitigt jedoch die gleichen Wirkungen wie beim Wechsel.

III. NAMENSAKTIE

I. Die frei übertragbare Namensaktie

Das Gesetz bestimmt in Art. 684 Abs. 2 OR, dass die Uebertragung von Namensaktien durch Uebergabe des indossierten Titels erfolgen könne. Daher vertreten die meisten Autoren¹¹⁹ die Auffassung, die frei übertragbaren Namensaktien seien gesetzliche OP. Diese, u. E. richtige Ansicht, kann aber nicht ohne weiteres aus der Tatsache abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber die Uebertragung der Namensaktien durch Indossament befürwortet habe. Das Indossament ist nämlich einerseits im allgemeinen Teil des WP-Rechtes¹²⁰, andererseits im Wechselrecht¹²¹ geregelt. Während aber das Indossament gemäss Art. 969 OR den Indossataren nur legitimiert, übt dasjenige nach Art. 1001 ff. OR seine bekannte¹²² dreifache Wirkung aus.

In Art. 684 Abs. 2 OR fehlt zunächst jeder Hinweis, auf welche der beiden eben besprochenen Indossamentsarten der Gesetzgeber Bezug

¹¹⁹ Vgl. z. B. Beeler, S. 218; Bruderer, S. 50; Contat, S. 50; Strohmeier, S. 44.

¹²⁰ Art. 968/69 OR.

¹²¹ Art. 1001—1010 OR.

¹²² § 5 III A 3.

nimmt. Die Namensaktien können aber nur als gesetzliche OP gelten, sofern die Indossamentsbestimmungen des Wechselrechts (mit Ausnahme von Art. 1005 OR) zur Anwendung kommen.

Unter der Herrschaft des aOR, in dem ein allgemeiner Teil des WP-Rechtes und damit eine zu Art. 969 OR analoge Bestimmung fehlte, war die Zugehörigkeit der Namensaktien zur Klasse der gesetzlichen OP nicht umstritten¹²³. Die Materialien zur Gesetzesrevision widersprechen sich teilweise in dieser Frage. So ist in derselben Botschaft des Bundesrates¹²⁴ einmal von den Namensaktien im Zusammenhang mit Art. 969 OR (in jenem Entwurf Art. 948 OR) die Rede¹²⁵, während dreissig Seiten später betont wird, die Namensaktien unterständen in bezug auf das Indossament den entsprechenden Vorschriften des Wechselrechtes¹²⁶. Der Beweis, dass der Gesetzgeber den Namensaktien im revidierten OR eine andere Stellung zuweisen wollte, kann nicht erbracht werden¹²⁷. Trotz der nicht eindeutigen gesetzlichen Regelung dürfen also auch die frei übertragbaren Namensaktien als gesetzliche OP betrachtet werden.

2. Die vinkulierte Namensaktie

Im Unterschied zur frei übertragbaren Namensaktie vertreten bei dieser Urkunde die meisten Autoren die Ansicht, es handle sich um ein Rektapapier¹²⁸. In Gegensatz zur herrschenden Lehre stellt sich Schucany¹²⁹, der annimmt, dass durch die Verweigerung der Eintragung ins Aktienbuch gemäss Art. 636 Abs. 1 und 2 OR nicht die Uebertragung der vinkulierten Namensaktie beschränkt werde, sondern nur die Uebertragung der Legitimation zur Ausübung des Aktienrechtes. Der Erwerber werde Eigentümer der Aktienurkunde, dagegen gingen die Mitgliedschaftsrechte, bzw. die Legitimation zu deren Ausübung, nicht auf ihn über.

Die von Schucany vorgeschlagene Lösung bedingt ein Auseinanderfallen von Herrschafts- und Vermögensrechten an Aktien, bei denen die Eintragung des neuen Aktionärs ins Aktienbuch verweigert wurde. Der noch im Aktienbuch eingetragene, die Aktie aber nicht mehr besitzende,

¹²³ Vgl. Pestalozzi-Henggeler, S. 29.

¹²⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen OR vom 21. Febr. 1928.

¹²⁵ a. a. O., S. 109.

¹²⁶ a. a. O., S. 140.

¹²⁷ Gleicher Ansicht Pestalozzi-Henggeler, S. 29.

¹²⁸ Vgl. Contat, S. 55; Bruderer, S. 50 ff.; Pestalozzi-Henggeler, S. 182 ff.; Strohmeier, S. 44.

¹²⁹ Vgl. Schucany, S. 177 ff.

frühere Aktionär könnte seine Herrschaftsrechte weiter ausüben. Die Gefahren, die bei Mehrung solcher Fälle den Mitaktionären, den neuen Aktionären, die nur Vermögensrechte besitzen, und der Gesellschaft als solcher drohen könnten, sind offensichtlich. Eine derartige Teilung der Mitgliedschaftsrechte ist daher abzulehnen.

Die vinkulierte Namensaktie ist ein Rektapapier, weil zu ihrer Uebertragung das Indossament genügt¹³⁰.

3. Der Interimsschein¹³¹

Da zwischen Einzahlung des Nennwertes der Aktie und Aushändigung der Titel an die Aktionäre zwangsläufig eine geraume Zeitspanne verstreicht, können die Zeichner ein Interesse haben, schon vor Ausgabe der definitiven Titel eine Bescheinigung ihrer Einzahlung und der damit verbundenen Mitgliedschaft bei der Gesellschaft zu erhalten¹³². Das schweizerische OR kennt daher die sogenannten Interimsscheine gemäss Art. 688 OR. Interimsscheine für NP müssen laut Art. 688 Abs. 3 OR auf den Namen ausgestellt werden. Für ihre Uebertragung gelten die für die Namensaktien angeführten Regeln. Interimsscheine für frei übertragbare Namensaktien sind demzufolge gesetzliche OP, während Interimsscheine für vinkulierte Namensaktien Rektapapier-Charakter haben.

4. Genusscheine¹³³

Dritte, die einer Aktiengesellschaft Dienste erwiesen haben (Gründer; frühere Aktionäre; geduldige, mit einer Abschlagszahlung sich zufriedengehende Gläubiger) oder Aktionäre, die zusätzliche finanzielle Leistungen zugunsten ihrer Aktiengesellschaft erbracht haben, werden oftmals durch Aushändigung von Genusscheinen¹³⁴ entschädigt. Diese Urkunden gewähren ihrem Inhaber kein Stimmrecht, sondern nur Anspruch auf Geschäftsgewinn und Anteil am Liquidationsergebnis, eventuell auch auf Bezug neuer Aktien¹³⁵.

¹³⁰ Gleicher Ansicht Pestalozzi-Henggeler, S. 183.
Anderer Meinung, Oftinger, N. 34 zu Art. 899 ZGB.

¹³¹ Vgl. Beeler, S. 227 ff.

¹³² Vgl. Guhl, T.: Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht in der Schweiz, Zürich 1937, S. 34.

¹³³ Vgl. Broillet, M.: Der Genusschein nach dem neuen schweizerischen OR, Zeh. Diss., 1950.

A. Dufour: Le régime juridique des bons de jouissance, Genf 1936.

¹³⁴ Gesetzliche Regelung der Genusscheine in Art. 657/58 OR.

¹³⁵ Vgl. Contat, S. 65; Guhl, a. a. O., S. 28; Beeler, S. 227 ff.; Schäfer H.: Genusscheine und Genussaktien, Heidelberger Diss., Hamburg 1919, S. 7.

Die Genusscheine sind WP, da sie ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch übertragen werden können¹³⁶. Die auf den Namen ausgestellten Genusscheine können hingegen nicht als gesetzliche OP betrachtet werden, da jeder entsprechende Hinweis im Gesetze selber fehlt. Es ist nicht angängig, mit Hilfe des Analogieschlusses weitere gesetzliche OP zu konstruieren. Schweigt sich das Gesetz über den Charakter eines Papiere aus, kann es sich dabei keinesfalls um ein gesetzliches OP handeln¹³⁷.

5. Genussaktien

Im Gegensatz zu den Genusscheinen findet sich im OR keine Regelung der Genussaktien. Diese werden gegen amortisierte Aktien ausgegeben und vermitteln ihrem Inhaber sowohl Stimmrecht als auch Anteil am Geschäftsgewinn¹³⁸. Sie stellen richtige Aktien dar, wie ihre Behandlung durch die Steuerbehörden beweist. Sind sie auf den Namen ausgestellt und frei übertragbar, gelten sie als gesetzliche OP, da die gesetzlichen Normen für die Namensaktien zur Anwendung gelangen.

Wir setzen uns dabei nicht in Gegensatz zu den gemachten Ausführungen, da die Genussaktien im Unterschied zu den Genusscheinen Aktien ersetzen, was oftmals sogar nur durch Abstempelung der alten Aktien geschieht¹³⁹. Wir nehmen hier keinen Analogieschluss vor, da der in Art. 684 OR verwendete Ausdruck «Namensaktie» auch die entsprechenden Genussaktien mitumfasst.

IV. AUF DEN NAMEN AUSGESTELLTE GRUNDPFANDTITEL

Schuldbrief, Gült und der in diesem Zusammenhang ebenfalls zu nennende Pfandbrief, obschon er keinen Grundpfandtitel darstellt, erfüllen die für die gesetzlichen OP aufgestellten Voraussetzungen¹⁴⁰.

V. WARENPAPIERE

H. Meier¹⁴¹ behauptet, die Warenpapiere seien zu den gesetzlichen OP zu zählen, und seien auch dann indossierbar, wenn sie nicht ausdrücklich an Order lauteten. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass in Art. 1152

¹³⁶ Vgl. Contat, S. 65; Broillet, S. 37.

¹³⁷ Anderer Meinung, Dufour, a. a. O., S. 210. Im Resultat gleich, Broillet, S. 153.

¹³⁸ Vgl. Contat, S. 68; Schäfer, a. a. O., S. 7.

T. Guhl: Das schweizerische OR, Zürich 1948, S. 464.

¹³⁹ Vgl. Schäfer, S. 44.

¹⁴⁰ Vgl. § 4 IV 1, 2.

¹⁴¹ H. Meier, S. 47. Ebenso Beeler, S. 24.

Abs. 2 OR bewusst die geborenen OP den gekorenen oder gewillkürten OP des Art. 1152 Abs. 1 OR gegenübergestellt wurden, eine Auffassung, die auch anlässlich der Beratungen im Nationalrat an einer Stelle geäußert wurde¹⁴². H. Meier lässt dabei weder Art. 482 Abs. 3 OR noch Art. 1153 Ziff. 8 OR — wo bestimmt wird, dass die Warenpapiere in der Form von IP, OP oder NP ausgestellt werden könnten — ausser acht, verfißt jedoch die These, es dürfe nicht einseitig auf die Formulierung des Gesetzes abgestellt und die Entstehungsgeschichte überhaupt nicht beachtet werden.

Dieser, im allgemeinen sicher richtige Satz kann aber in unserem Falle nicht zur Anwendung kommen, da es sich bei Art. 482 Abs. 3 OR und Art. 1153 Ziff. 8 OR um völlig klare Gesetzesstellen handelt, die keiner weitem Auslegung bedürfen. Die Materialien können wohl zur Interpretation unklarer Gesetzesstellen herangezogen werden, sie dürfen jedoch keinesfalls benutzt werden, um die Verletzung eindeutiger Rechtsätze zu rechtfertigen.

Die Warenpapiere sind keine gesetzlichen OP, da das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass sie sowohl als IP, OP oder als NP in Umlauf gesetzt werden können.

VI. DIE WECHSELÄHNLICHEN PAPIERE

Nach Dörig¹⁴³ gehören auch die wechselähnlichen Papiere zu den gesetzlichen OP. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht geht klar aus Art. 1147, bzw. 1151 OR hervor, da in beiden Bestimmungen verlangt wird, dass derartige Papiere ausdrücklich an Order zu lauten hätten.

§ 7. Der *numerus clausus* für gewillkürte OP

Das deutsche Recht unterscheidet zwischen technischen und zivilen OP¹⁴⁴, wobei nur die sieben in § 363 DHGB aufgezählten Papiere zur Gruppe der technischen gewillkürten OP gehören.

Das schweizerische Recht kennt keine entsprechende Bestimmung, doch wurde immer wieder die Frage aufgeworfen, ob nicht Art. 1152 Abs. 1 und 2 OR eine abschliessende Aufzählung enthalte, so dass auch in der Schweiz das Bestehen eines *numerus clausus* für OP bejaht werden müsse.

¹⁴² Vgl. Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates, 1934, S. 829.

¹⁴³ Vgl. Dörig, S. 23.

¹⁴⁴ Vgl. Brunner in Endemann, S. 189. Ulmer, S. 24.

Das Bundesgericht hat in einem vielbeachteten Entscheid¹⁴⁵ beiläufig zu dieser Frage Stellung genommen. Seine damaligen Ausführungen sprechen für die Anerkennung des *numerus clausus*, obschon das Gericht über diesen Punkt nicht zu entscheiden hatte. Das Bundesgericht glaubt einerseits nicht an die Notwendigkeit weiterer gewillkürter OP, während in seinen Augen die Rechtssicherheit ausdrücklich gegen eine derartige Zulassung spricht.

Bereits Jacobi¹⁴⁶ hat zu bedenken gegeben, dass die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Beschränkung der technischen OP zur Erhöhung der Rechtssicherheit nur wenig beitragen könne, da ja die Ausgabe von beliebigen Inhaberschuldverschreibungen nicht verboten sei. Er bezeichnet den *numerus clausus* als nicht mehr erklärlichen Rest überkommenen Rechts. Im OR sind der Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen ebenfalls keine derartigen Schranken gesetzt, sodass das von Jacobi angeführte Argument auch für unser Recht Geltung beanspruchen kann.

Nachdem weder im Gesetz noch in den Materialien¹⁴⁷ irgendein Hinweis auf Schaffung eines *numerus clausus* für OP gefunden werden kann, halten wir es mit dem Sinn unserer liberalen Rechtsordnung für unvereinbar, auch für unser WP-Recht einen *numerus clausus* gelten zu lassen mit der Begründung, die Notwendigkeit der Zulassung weiterer OP könne nicht bejaht werden¹⁴⁸.

Die Existenz eines *numerus clausus* für OP muss verneint werden, wenn man sich vor Augen hält, dass Art. 1145 OR eine Legaldefinition der OP vermittelt. Umfasst nämlich die Legaldefinition nicht dieselben Papiere wie der *numerus clausus*, entsteht ein Widerspruch im Gesetze, im andern Falle aber wird eine der beiden Bestimmungen überflüssig¹⁴⁹.

Das schweizerische Recht kennt demzufolge keinen *numerus clausus* für OP. Ob und inwieweit die vorliegende Erkenntnis von praktischer Bedeutung ist, soll im zweiten und dritten Kapitel dieser Arbeit untersucht werden.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 65 II 66 ff.

¹⁴⁶ Jacobi in Ehrenberg, S. 280.

¹⁴⁷ Vgl. dazu die eingehenden Ausführungen von Dörig, S. 17.

¹⁴⁸ Gleicher Ansicht: Dörig, S. 20; Bruderer, S. 141; Strohmeier, S. 45.

¹⁴⁹ Vgl. Flattet, S. 122.

2. Kapitel

Anweisungen und Zahlungsversprechen an Order

1. Teil: Die Anweisung im allgemeinen

§ 3. Begriff, Funktion und wirtschaftliche Bedeutung der Anweisung

I. DER BEGRIFF

1. Die Begriffsumschreibung des Art. 466 OR

Der Angewiesene wird durch die Anweisung ermächtigt, Geld, WP oder andere vertretbare Sachen auf Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten, während dieser die Leistung von jenem (dem Angewiesenen) im eigenen Namen erheben darf¹.

2. Merkmale der Anweisung

a) Dreiheit von beteiligten Personen: Von einer Anweisung kann nur gesprochen werden, wenn drei Personen dabei mitwirken, nämlich der Anweisende (Assignant), der Angewiesene (Assignat) und der Anweisungsempfänger (Assignatar)². Es ist nicht angängig, dass sich der Anweisende auch noch als Anweisungsempfänger bezeichnet, da in einem solchen Falle nicht eine Anweisung sondern ein Zahlungsauftrag vorliegen würde³.

b) Die Anweisung als Doppelermächtigung: Wie aus dem Wortlaut des Art. 466 OR hervorgeht, sind in der Anweisung zwei Ermächtigungen enthalten, einerseits die Ermächtigung an den Angewiesenen, die in der Anweisung genannte Leistung auf Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu erbringen, anderseits die Ermächtigung an den Assignataren, die betreffende Leistung in Empfang zu nehmen⁴.

Die Konstruktion der Anweisung als Doppelermächtigung ist jüngern Datums und entspringt zu einem guten Teil einer Arbeit von Tuhrs⁵. Noch

¹ Vgl. für das deutsche Recht Düringer-Hachenburg, S. 776.

² Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 466 OR (S. 1701); Guhl, S. 355.

³ Gleicher Meinung: Reichsgerichtskommentar zum HGB, Anm. 1a zu § 363 HGB (S. 344).

⁴ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 9 zu Art. 466 OR.

⁵ von Tuhr: Zur Lehre von der Anweisung, Iherings Jahrbuch 48, S. 1 ff.

im OR von 1831 war der zweite Abschnitt des Titels über den Auftrag der Anweisung gewidmet. Sie galt juristisch als Doppelauftrag⁶, obschon es schon damals nicht an kritischen Stimmen fehlte, die eine Aenderung dieser Konzeption verlangten.

Besondere Beachtung in der heutigen Konstruktion verdient der Umstand, dass der Angewiesene zwar berechtigt, jedoch keinesfalls verpflichtet ist, dem Anweisungsempfänger zu leisten.

Im Worte Ermächtigung ist zugleich auch ein Hinweis auf die Einseitigkeit der Anweisung gegeben. Die assignatio ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, niemals ein Vertrag⁷.

c) Die Abstraktheit der Anweisung: Der abstrakte Charakter der Anweisung ergibt sich unseres Erachtens bereits aus ihrem Wesen⁸. Mit einer einzigen Leistung (Vollzugsleistung) wird bei drei Beteiligten auf zwei Kausalverhältnisse, nämlich auf das Verhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem (Deckungsverhältnis) und auf dasjenige zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis) eingewirkt⁹. Die Anweisung wäre ohne praktischen Wert, wenn der Angewiesene sich stets zuerst um das Valutaverhältnis und der Anweisungsempfänger zuerst um das Deckungsverhältnis kümmern müsste.¹⁰

Es bleibt den Beteiligten unbenommen, trotz des abstrakten Charakters der Anweisung im Texte derselben auf eines der Kausalverhältnisse Bezug zu nehmen, doch wird dadurch einer allfälligen Zirkulation der Anweisung ein ernsthaftes Hindernis in den Weg gelegt. Wird eine Anweisung zu einem unterliegenden Verhältnis in Abhängigkeit gebracht, spricht man von einer titulierten Anweisung.¹¹

d) Unabhängigkeit der Anweisung als Rechtsinstitut: Wie schon ihre Behandlung durch den Gesetzgeber zeigt, ist die Anweisung ein eigenes Rechtsinstitut¹². Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass sie in praxi meist von der Aufforderung begleitet ist, von ihr Gebrauch zu machen.

⁶ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 1 der Vorbemerkungen zum 18. Titel des OR (S. 1700).

⁷ Vgl. auch Düringer-Hachenburg, S. 778.

⁸ Gleicher Meinung Düringer-Hachenburg, S. 796.

⁹ Näheres über Deckungs- und Valutaverhältnis in III. dieses Paragraphen.

¹⁰ Im gleichen Sinne: Komm. Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 466 OR (S. 1706); Düringer-Hachenburg, S. 789 ff. Teilweise anderer Auffassung: Komm. Staub, Anm. 2 zu § 363 DHGB (S. 476).

¹¹ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 32 zu Art. 466 OR (S. 1713).

¹² Gleicher Meinung: Komm. Oser/Schönenberger, N 12 zu Art. 466 OR (S. 1706).

3. Abgrenzung der Anweisung gegenüber

a) dem Auftrag: Im Unterschied zum Auftrag bringt die Anweisung als solche noch keine Verpflichtung für den Angewiesenen mit sich, ebensowenig wie für den Anweisungsempfänger¹³.

b) dem Zahlungsauftrag: Anweisungsempfänger ist nicht der Anweisende persönlich, sondern ein Dritter.

c) der Vollmacht: Angewiesener und Anweisungsempfänger handeln im eigenen Namen, wenn auch auf Rechnung des Anweisenden¹⁴.

4. Wortlaut der Anweisung

Wird die Anweisung schriftlich formuliert, hat sie im einfachsten Falle folgenden Wortlaut:

«An Herrn Y:

Zahlen Sie für meine Rechnung dem Herrn X den Betrag von
Fr.

gezeichnet N.N.»

II. WESEN UND FUNKTION DER ANWEISUNG

1. Wesen

Das eigentliche Wesen der zur Gruppe der Konsenserklärungen gehörenden Anweisung liegt darin, dass der Angewiesene seine Leistung an den Anweisungsempfänger auf Rechnung eines andern (des Anweisenden) erbringt. Die assignatio stellt eine Ermächtigung zum Handeln auf fremde Rechnung dar¹⁵.

2. Funktion¹⁶

Die Anweisung dient als Mittel zur Erbringung einer indirekten Leistung, indem der Anweisende an den Anweisungsempfänger durch den Angewiesenen leistet. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Angewiesene rechtlich und formell die Leistung im eigenen Namen erbringt. Die Anweisung als solche ist stets Hilfsmittel zur Durchführung anderer Vertragszwecke und dient vor allem der Vereinfachung der Schuldentilgung.

¹³ Vgl. dazu: Komm. Oser/Schönenberger, N 17 zu Art. 466 OR (S. 1708).

¹⁴ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 17 zu Art. 466 OR (S. 1708); Komm. Becker, N 3 zu Art. 466 OR (S. 727).

¹⁵ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 777.

¹⁶ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 466 OR (S. 1702).

Hängen Valuta- und Deckungsverhältnis derart zusammen, dass durch die Vollzugsleistung eine Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen und zugleich eine Schuld des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger getilgt werden, erfüllt die Anweisung die Funktion der Skontration¹⁷.

III. WIRTSCHAFTLICHER ZWECK UND BEDEUTUNG DER ANWEISUNG

1. Wirtschaftlicher Zweck

Der wirtschaftliche Zweck kann im allgemeinen nicht aus der Anweisung selbst entnommen werden, da sie blosser Form ist. Jede Anweisung muss mit einem Vertrag kombiniert werden, um Rechte und Pflichten zu begründen¹⁸. Der wirtschaftliche Zweck kann im besondern beruhen im Verhältnis zum Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis) oder im Verhältnis zum Angewiesenen (Deckungsverhältnis):

a) Valutaverhältnis: Der Anweisende kann entweder beim Anweisungsempfänger in Schuld stehen, ihm Kredit gewähren oder ihm eine Schenkung machen wollen. In allen drei Fällen erhält der Anweisungsempfänger durch die Anweisung, die stets zahlungshalber erfolgt, Aussicht auf die Anweisungsleistung¹⁹.

b) Deckungsverhältnis: Der Angewiesene kann entweder Schuldner des Anweisenden sein (Anweisung auf Schuld) oder ihm Kredit gewähren (Anweisung auf Kredit). Bei der Anweisung auf Schuld ist der Angewiesene laut Gesetz²⁰ zur Zahlung an den Anweisungsempfänger verpflichtet, sofern er dadurch seine Stellung nicht verschlechtert.

2. Wirtschaftliche Bedeutung

Trotz der unbestreitbaren Vorzüge, die die Anweisung auszeichnen, spielt sie in der Praxis nur eine Rolle in zwei besondern Formen, nämlich als Kreditbrief und als Dokumentenakkreditiv, während sich die gewöhnliche Anweisung weder in Deutschland noch der Schweiz durchsetzen konnte²¹. Die beiden Erscheinungsformen sollen in der Folge kurz

¹⁷ Zum Begriff «Skontration» vgl. F. J. Keel: Juristische Terminologie, Zürich 1939, S. 209.

¹⁸ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 799.

¹⁹ Vgl. Ulmer, S. 141.

²⁰ Art. 468 Abs. 2 OR.

²¹ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 785. Bruderer, S. 84.

dargestellt werden, da verschiedene Unterschiede zwischen ihnen und einer gewöhnlichen Anweisung bestehen.

a) Der Kreditbrief: Derselbe wurde vom schweizerischen Gesetzgeber besonders geregelt und zwar bezeichnenderweise als zweiter Abschnitt des Titels über den Auftrag (Art. 407 ff. OR). Schon hieraus ist ersichtlich, dass der Kreditbrief stets von einem Auftrag begleitet ist. Trotzdem halten wir den Kreditbrief für eine Anweisung, da er eine Ermächtigung für den im Brief namentlich Genannten darstellt²². Der Kreditbrief dient der Erleichterung des Reiseverkehrs, indem er dem Reisenden die Möglichkeit vermittelt, bei den verschiedenen Korrespondenten der Ausstellungsbank Abhebungen bis zu dem im Briefe angegebenen Höchstbetrage zu tätigen. Dadurch wird der Reisende der unangenehmen Pflicht entzogen, grössere Barbeträge mit sich herumzutragen.

Der Kreditbrief ist in der Schweiz stets auf den Namen ausgestellt, nicht übertragbar und im Regelfalle an mehrere Angewiesene gerichtet²³.

b) Das Dokumentenakkreditiv: Dieses in unserm Recht nicht geregelte Institut hat in den letzten Jahrzehnten im Zusammenhange mit den verschiedenen Wirtschaftskrisen und den beiden Weltkriegen unerhört an Bedeutung gewonnen. Das Akkreditiv schützt den Käufer im zwischenstaatlichen Verkehr vor der Gefahr, ohne Lieferung Zahlung zu leisten, währenddem die Bezahlung des Verkäufers gesichert bleibt. Das Akkreditiv wickelt sich im einfachsten Falle wie folgt ab:

Der Käufer A gibt seiner Bank B den Auftrag, gegen Entgegennahme genau bezeichneter Dokumente den Betrag X an den Verkäufer Y auszubahlen²⁴.

Rechtlich betrachtet ist das Akkreditiv eine Kombination von Auftrag und Anweisung²⁵. Im Unterschied zur gewöhnlichen Anweisung ist es jedoch nur einmal partiell übertragbar.

²² Gleicher Meinung: Komm. Becker, N 1 zu Art. 407 OR (S. 572).

²³ Vgl. die etwas abweichende deutsche Regelung des Kreditbriefes in Düringer-Hachenburg, Anhang IV zu §§ 363—365 HGB (S. 937 ff.).

²⁴ Für weitere Angaben über das Akkreditiv wird auf die Arbeiten von K. Obrist und H. Gafner verwiesen.

²⁵ Gleicher Meinung: Gautschi in SJZ 39 S. 223.

§ 9. Entstehung, Form und Inhalt der Anweisung

I. ENTSTEHUNG

Die Erteilung einer Anweisung, d.h. der beiden Ermächtigungen, stellt, im Unterschied zum Auftrag, nicht einen Vertrag, sondern ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar²⁶.

1. Entstehung der mündlichen Anweisung

Wird eine Anweisung ausnahmsweise einmal mündlich erteilt, so hat der Anweisende seine Willensäußerung im Beisein von Anweisungsempfänger und Angewiesenem kund zu tun.

2. Entstehung der schriftlichen Anweisung

Diese entsteht durch Ausstellung und Begebung an den Anweisungsempfänger. Streutig ist, ob auch die dem Angewiesenen zugestellte Anweisung als solche zu gelten hat²⁷. Unseres Erachtens kann eine derartige Urkunde nur dann als Anweisung betrachtet werden, wenn der Angewiesene, nachdem er von ihrem Inhalt Kenntnis genommen und sie eventuell bereits akzeptiert hat, sie dem Anweisungsempfänger übergibt, damit derselbe, gestützt auf das Papier, sein Recht geltend mache. Zahlt der Angewiesene auf Grund der Anweisung einfach die darin genannte Summe dem Anweisungsempfänger aus, so ist die Urkunde Zahlungsauftrag. Der dieser Konstruktion anhaftende Schönheitsfehler bildet der Umstand, dass es nicht in der Macht des Anweisenden, sondern des Angewiesenen liegt, über den Charakter der Urkunde zu entscheiden. Doch scheint uns derselbe nicht weiter bedenklich, da der Anweisende durch die Begebung des Papiere an den Angewiesenen zu erkennen gibt, dass er dieser Frage kein allzu grosses Gewicht beimesse.

Die deutsche Doktrin nimmt an, dass eine ohne den Willen des Ausstellers in den Besitz des Anweisungsempfängers gelangte Anweisung keinen Anspruch auf Gültigkeit erheben könne²⁸. Nach schweizerischem Recht kann der Aussteller die Anweisung gegenüber einem gutgläubigen Anweisungsempfänger nur zurückfordern, sofern sie ihm gestohlen wurde oder verloren ging oder sonst wider seinen Willen abhanden kam (Art. 934 Abs. 1 ZGB).

²⁶ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 27 zu Art. 466 OR (S. 1711).

²⁷ Frage bejaht in Komm. Oser/Schönenberger, N 27 zu Art. 466 OR (S. 1711); verneint in Komm. Staub, Anm. I d zu § 363 DHGB (S. 476).

²⁸ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 810.

II. FORM

Im Unterschied zum deutschen Recht²⁹, das nur die schriftliche Anweisung kennt, ist das Entstehen der assignatio im OR an keine Formvorschriften gebunden, doch ist auch in unserm Lande die schriftliche Anweisung durchaus vorherrschend³⁰.

III. INHALT

1. Der Inhalt der Anweisung gemäss Art. 466 OR

a) Gesetzliche Umschreibung: Als Inhalt einer Anweisung kommen gemäss der oben erwähnten Bestimmung Geld, WP oder andere vertretbare Sachen in Frage.

b) Bestandteile der Umschreibung:

aa) Geld: Auch ausländische Währungen sind als Anweisungsinhalt zugelassen.

bb) WP: Nicht alle WP, sondern nur die vertretbaren WP können in einer Art. 466 OR entsprechenden Anweisung aufgenommen werden³¹.

cc) Vertretbare Sachen: Unvertretbare Sachen sind infolge der gesetzlichen Begriffsumschreibung als Anweisungsinhalt im Sinne von Art. 466 OR ausgeschlossen.

c) Bestimmtheit der Anweisung: Im Gesetze selbst fehlt zwar jeglicher Hinweis darauf, dass die angewiesene Geldsumme oder Warenquantität bestimmt sein müsse. Dieses Erfordernis muss jedoch unbedingt Geltung beanspruchen, wenn die Anweisung ihren Zweck überhaupt erfüllen soll. Die Doktrin bejaht denn auch einstimmig die Bestimmtheit der Anweisung als Voraussetzung für ihre Gültigkeit³².

Das Verlangen nach Bestimmtheit bei der assignatio schliesst interessanterweise die Ausstellung bedingter, befristeter oder gar von einer Gegenleistung abhängiger Anweisungen nicht aus³³, da dadurch ihr Zweck zwar erschwert, nicht aber verunmöglicht wird.

²⁹ § 783 BGB.

³⁰ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 36 zu Art. 466 OR (S. 1710).

³¹ Gleicher Meinung: Komm. Staub, Anm. 1 b zu § 363 DHGB (S. 475).

³² Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 30 zu Art. 466 OR (S. 1712); Komm. Becker, N 3 zu Art. 466 OR (S. 729).

³³ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 31 zu Art. 466 OR (S. 1713); Düringer-Hachenburg, S. 806.

2. Die Stellung der auf Spezies gerichteten Anweisung

a) Die Gründe für den Ausschluss derartiger Papiere: Während das alte OR nur die Geldanweisung kannte, wurden 1911, unter dem Einfluss des wenige Jahre vorher in Kraft getretenen BGB, auch andere vertretbare Sachen als möglicher Inhalt von Anweisungen bezeichnet.

Die Materialien³⁴ zum BGB begründen den Ausschluss der auf Spezies gerichteten Anweisung mit den Gefahren, welche für die geschäftsungewandten Kreise notorisch mit der Anerkennung der Formalobligationen verbunden seien. Daher müsse man davon ausgehen, dass solche Schuldverhältnisse nur insoweit durch das Gesetz sanktioniert werden dürften, als es durch ein unabweisbares Bedürfnis geboten sei. Nun sei aber von allen Seiten zugegeben worden, dass Anweisungen auf nicht vertretbare Leistungen sehr selten vorkämen, und dass der Hauptzweck der Anweisung darin bestehe, Auszahlungen unter mehreren Beteiligten zu erleichtern. Werde der Umfang der Anweisung nach diesen Gesichtspunkten bestimmt, so zeige der Gesetzgeber damit, dass er den gegen die verpflichtende Kraft der abstrakten Anweisungsannahme erhobenen Bedenken, soweit sie sich in den richtigen Grenzen hielten, Rechnung getragen habe.

Diese Begründung dürfte auch für das schweizerische Recht gelten, da in den Materialien zur Revision des OR von 1911 einzig ein Hinweis auf die grosse Seltenheit der auf unvertretbare Sachen lautenden Anweisung zu finden ist, und im weiteren auf die gleichlautende Regelung des BGB verwiesen wird.

b) Kritik dieser Begründung: Vor allem ist zu beachten, dass die Gefahren einer Ausbeutung der Leichtgläubigkeit in erster Linie bei den Geldanweisungen bestehen³⁵, während bei den Anweisungen auf unvertretbare Sachen dieses Moment stark in den Hintergrund tritt, da nicht irgendeine Summe, sondern eine bestimmte, in concreto vorhandene, Sache als Anweisungsinhalt genannt wird.

c) Behandlung der Anweisung auf Spezies: Die Problematik der gesetzlichen Einschränkung zeigt sich am besten bei der Prüfung der Frage, wie auf Spezies lautende Anweisungen zu behandeln seien. Die Doktrin

³⁴ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Berlin 1898, S. 381.

³⁵ Vgl. die im, in Anm. 34 zitierten, Protokoll angeführten Gründe für die Ausweitung des Anweisungsinhaltes.

vertritt nämlich übereinstimmend die Ansicht, derartige Anweisungen seien nicht etwa ungültig, sondern das Anweisungsrecht solle entsprechende Anwendung finden³⁶. Bei dieser Sachlage fragt man sich, inwieweit dann noch ein Unterschied zwischen einer Anweisung auf eine vertretbare Sache und einer solchen auf Spezies bestehe.

§ 10. Geltendmachung, Uebertragung und Widerruf der Anweisung

I. GELTENDMACHUNG

1. *Vor der Annahme*

Durch die Entgegennahme der Anweisung wird der Anweisungsempfänger verpflichtet, die Befriedigung seiner Ansprüche zuerst einmal mit Hilfe dieser Urkunde zu suchen³⁷. Diese Pflicht geht freilich über eine einfache Präsentation nicht hinaus. Eine Betreibung oder ein Prozess gegen den Angewiesenen wird dem Anweisungsempfänger keinesfalls zugemutet. Ist er jedoch auch nicht bereit, die Anweisung zu präsentieren, hat er seinen Entschluss ohne Verzug unter Rückgabe der Anweisung dem Anweisenden zur Kenntnis zu bringen³⁸.

Durch die Aushändigung der Anweisung erhält der Anweisungsempfänger einzig die Aussicht auf die Anweisungsleistung. Es wird ihm eine Anwartschaft zugewandt³⁹. Anweisungsempfänger und Angewiesener stehen noch in keinem Rechtsverhältnis zueinander.

2. *Die Annahme und ihre Folgen*

Mit der Annahme, die formlos erfolgen kann⁴⁰ und eine direkte, unabhängige Verpflichtung des Angewiesenen begründet, wird die Anweisung zum Forderungspapier⁴¹. Die Annahme stellt, rechtlich betrachtet, ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des Angewiesenen dar⁴².

³⁶ Vgl. Komm. Becker, N 10 zu Art. 466 OR (S. 729); Komm. Staudinger, III zu Art. 783 BGB (S. 1579), Düringer-Hachenburg, S. 802.

³⁷ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 813; teilweise anderer Meinung: Komm. Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 467 OR (S. 1716).

³⁸ Vgl. Art. 467 Abs. 3 OR.

³⁹ Vgl. Ulmer, S. 138.

⁴⁰ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 468 OR (S. 1720).

⁴¹ Vgl. Ulmer, S. 140.

⁴² Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 468 OR (S. 1720).

Die Unabhängigkeit der angenommenen Anweisung vom Deckungsgeschäft zeigt sich vor allem in einer Beschränkung der dem Angewiesenen zur Verfügung stehenden Einreden. Gemäss Art. 468 Abs. 1 OR sind nur solche Einreden zulässig, die sich aus dem persönlichen Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger ergeben oder dann aus dem Inhalte der Urkunde selbst. Allfällige Einreden aus dem Verhältnis zum Anweisenden sind ausdrücklich ausgeschlossen.

Der Angewiesene ist nur verpflichtet, eine Anweisung anzunehmen, sofern er Schuldner des Anweisenden ist, und seine Stellung durch die Annahme nicht verschlimmert wird⁴³. Er muss eine Annahme jedoch nur bei ausdrücklicher Vereinbarung mit dem Anweisenden vor der Zahlung erklären⁴⁴.

Der vom Entschlusse des Angewiesenen, die Anweisung nicht zu zahlen, in Kenntnis gesetzte Anweisungsempfänger hat den Anweisenden sofort zu benachrichtigen⁴⁵.

II. ÜBERTRAGUNG

Einleitend ist zu bemerken, dass die Uebertragbarkeit der Anweisung zwar die Regel, keineswegs aber begriffswesentliches Element ist⁴⁶. Es liegt demzufolge in der Hand des Anweisenden, durch einen entsprechenden Vermerk auf der Anweisung deren Uebertragung zu untersagen. Die Uebertragung der schriftlichen Anweisung hat mittels Zession zu erfolgen und bedarf stets der Uebergabe der Urkunde.

1. Uebertragung vor erfolgter Annahme

Da vor der Annahme überhaupt erst eine Anwartschaft auf die Leistung des Angewiesenen vorliegt, dieser aber noch zu nichts verpflichtet ist, besteht zwischen der Stellung des Anweisungsempfängers und der eines allfälligen Dritterwerbers kein Unterschied im Bezug auf die Anweisung selbst⁴⁷. Immerhin darf nicht ausser acht gelassen werden, dass der Dritterwerber sich im Falle der Nichthonorierung in einer schlechtern Stellung befindet als der Anweisungsempfänger, da er sich nur über den Letztern auf das Valutaverhältnis berufen kann.

⁴³ Art. 468 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Art. 468 Abs. 3 OR.

⁴⁵ Vgl. Art. 469 OR.

⁴⁶ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 35 zu Art. 466 OR (S. 1714).
Düringer-Hachenburg, S. 840.

⁴⁷ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 840.

2. Uebertragung nach erfolgter Annahme

a) Bei Nichtwiederholung des Akzeptes gegenüber dem Dritterwerber: Wird die Anweisung vom Dritterwerber nicht noch einmal dem Angewiesenen zum Akzept präsentiert, muss sich der erstere alle Einreden gefallen lassen, die gegen den Anweisungsempfänger bestanden⁴⁸.

b) Bei Wiederholung des Akzeptes gegenüber dem Dritterwerber: Durch die Annahme der Anweisung gegenüber dem Dritterwerber verpflichtet sich der Angewiesene wiederum direkt gegenüber diesem. Allfällige Einreden, die sich auf die Person des Anweisungsempfängers beziehen, sind daher ausgeschlossen⁴⁹.

III. WIDERRUF

Der Widerruf ist die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Anweisenden, durch die die eingetretenen rechtlichen Wirkungen der Anweisung wieder beseitigt werden⁵⁰. Im schweizerischen Recht ist er neben dem Konkurse der einzige vom Gesetze behandelte Aufhebungsgrund. Die Nichterwähnung von Tod oder Handlungsunfähigkeit einer der drei beteiligten Personen lässt darauf schliessen, dass diese Tatbestände die Anweisung nicht zum Erlöschen bringen⁵¹.

Gemäss Art. 470 Abs. 1 OR kann der Anweisende die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen nur widerrufen, wenn er sie nicht zur Tilgung einer Schuld oder sonst zum Vorteile des Empfängers erteilt hat. Dadurch wird die Möglichkeit eines Widerrufs auf ein Minimum reduziert, da gerade die meist verbreiteten Anweisungen durch die eben zitierte Gesetzesbestimmung betroffen werden.

Ein Widerruf gegenüber dem Angewiesenen ist nur so lange möglich, als derselbe noch nicht die Annahme der Anweisung erklärt hat⁵². Die in Art. 470 Abs. 1 OR erwähnten Anweisungen können jedoch nicht einmal vor der Annahme widerrufen werden⁵³.

IV. IST DIE SCHRIFTLICHE, AKZEPTIERTE ANWEISUNG EIN WP?

Zum Schlusse unserer Untersuchung über die Anweisung im allgemeinen soll noch kurz auf die Frage eingetreten werden, ob die auf den Namen ausgestellte, akzeptierte Anweisung ein WP sei.

⁴⁸ Art. 164 ff. OR kommen ohne Einschränkung zur Anwendung.

⁴⁹ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 844.

⁵⁰ Düringer-Hachenburg, S. 834.

⁵¹ Vgl. Komm. Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 470 OR (S. 1722).

⁵² Art. 470 Abs. 2 OR.

⁵³ Vgl. Komm. Becker, N 5 zu Art. 470 OR (S. 739).

Da das schweizerische Recht weder Geltendmachung noch Uebertragung der Anweisung speziell geregelt hat, und auch die Materialien keinen Aufschluss über diese Probleme geben, sind wir gezwungen, anhand einer Rechtsvergleichung mit dem deutschen Recht, an das sich ja unsere Regelung stark anlehnt, nach allfälligen Indizien zu suchen.

§ 785 BGB bestimmt, dass der Angewiesene nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung verpflichtet sei. Diese Gesetzesvorschrift hat jedoch nur dispositiven Charakter. Es steht also im Ermessen des Angewiesenen, ob er sich bei der Zahlung die Anweisungsurkunde aushändigen lassen wolle oder nicht ⁵⁴.

Wie wir im ersten Kapitel dieser Arbeit feststellten ⁵⁵, liegt der entscheidende Unterschied zwischen WP und Präsentationspapieren gerade darin, dass bei den WP der Schuldner allein gegen Aushändigung der Urkunde leisten kann und muss, während er bei den Präsentationspapieren nur leisten kann. Da die Anweisungen des bürgerlichen Rechts zudem nicht amortisierbar sind ⁵⁶, gehören sie unseres Erachtens eindeutig der Gruppe der Präsentationspapiere an.

Für das schweizerische Recht darf ebenfalls angenommen werden, dass die Anweisung kein WP darstelle, da einerseits im Gesetz kein Hinweis in dieser Richtung gegeben wird und anderseits überhaupt keine Gründe vorliegen, die die Ausgestaltung der Anweisung als WP besonders wünschenswert erscheinen lassen, sodass eine Abweichung von der deutschen Lösung nicht motiviert werden könnte.

⁵⁴ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 825.

⁵⁵ Vgl. § 2 IV.

⁵⁶ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 843.

2. Teil: Wechselähnliche Orderanweisung und Zahlungsverprechen an Order*

§ 11. Aus der Entwicklungsgeschichte der wechselähnlichen Orderanweisung und des Zahlungsverprechens an Order

I. DIE ENTWICKLUNG DES WECHSELRECHTES AUF DEM EUROPÄISCHEN KONTINENT BIS 1850⁵⁷

Die um die Jahrhundertmitte des 19. Jahrhunderts in den meisten europäischen Ländern abgeschlossene Kodifikation des Wechselrechtes lässt deutlich zwei verschiedene Auffassungen in bezug auf die Ausgestaltung des Wechsels erkennen. Auf der einen Seite finden wir die deutsche Wechselordnung und ihre zahlreichen Nachahmungen, auf der andern den französischen Code de Commerce, dessen Lösung in bezug auf den Wechsel ebenfalls von verschiedenen Staaten übernommen wurde.

Die deutsche Regelung betrachtete die Verwendung des Wortes «Wechsel» im Texte der Urkunde als unbedingte Voraussetzung für die Schaffung eines gültigen Wechsels.

Das französische Recht liess hingegen die besondern Rechtsfolgen des Wechselrechtes auch dann zur Anwendung gelangen, wenn eine schriftliche Anweisung alle Voraussetzungen der gezogenen Tratte aufwies, ohne jedoch das Wort «Wechsel» im Kontexte zu enthalten. Dem «Billet à ordre» (Eigenwechsel) fehlte denn auch in der Regel ein dem Worte «Wechsel» entsprechender Ausdruck im Urkundentexte, während der «Lettre de change» (gezogene Tratte) meist auf dem Papier selbst als solcher bezeichnet wurde.

Diejenigen schweizerischen Kantone, die ihr Wechselrecht kodifizierten, kopierten je nach ihrer geistigen und politischen Orientierung die eine oder die andere Lösung, sodass in der Schweiz um 1850 herum beide Regelungen zu finden waren.

* Vgl. vor allem: A. Oetterli: Die wechselähnliche Orderanweisung, Zch. Diss. 1944. P. Schultze: Die wechselähnlichen Papiere des schweizerischen Rechts, Berner Diss. 1923.

⁵⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweiz. Obligationen- und Handelsrecht, vom 27. November 1879, BBl 1880 I 224.

Die Bundesverfassung von 1848 hatte zwar der Eidgenossenschaft noch keine Kompetenz zur Vereinheitlichung des Wechselrechtes eingeräumt, da man in jenem Momente den Kantonen nicht mehr Rechte entziehen wollte, als für das Funktionieren des Bundesstaates unbedingt notwendig war. Doch erwiesen sich die durch die verschiedenen kantonalen Wechselordnungen verursachten Unzulänglichkeiten für den Handel als so gross, dass bereits 1854 der Basler Ratsherr Burkhardt-Fürstenberger von 14 Kantonen den Auftrag erhielt, einen Entwurf für die Vereinheitlichung des schweizerischen Wechselrechtes auszuarbeiten.

Die letzte Fassung dieses Entwurfes lehnte sich sehr eng an die deutsche Wechselordnung an. Wirklich eigene Schöpfung waren eigentlich nur die beiden Partien über die wechselähnlichen Anweisungen und das prozessualische Wechselrecht. Das Institut der wechselähnlichen Anweisung sollte der Rechtsauffassung der welschen Kantone im möglichst weitgehenden Masse entgegenkommen, um auch ihnen den Beitritt zum geplanten Konkordat zu erleichtern.

Die beiden Bestimmungen betreffend der wechselähnlichen Anweisung hatten folgenden Wortlaut:

- a) «Anweisungen, welche im Contexte als solche bezeichnet und im übrigen in der in den §§ 3 und 4 (Formvorschriften für die gezogene Tratte) vorgeschriebenen Form ausgestellt sind, stehen bis auf nachfolgende Ausnahme den gezogenen Wechseln gleich.»
- b) «Es besteht keine Verpflichtung für den zur Zahlung Angewiesenen sich vor der Verfallzeit über die Annahme zu erklären, und der Inhaber ist nicht berechtigt wegen Mangels Annahme Protest erheben zu lassen und Regress zu nehmen.

Wird jedoch eine Anweisung acceptiert, so entsteht für den Acceptanten dieselbe Verpflichtung, wie aus der Annahme eines gezogenen Wechsels.»

Ausdrücklich an Order gestellte Papiere, in deren Contexte jedoch das Wort «Wechsel» fehlt, stehen also mit Ausnahme der Regeln betreffs Annahme den gezogenen Tratten gleich. Dadurch sollte vermieden werden, dass ein als Wechsel gedachtes Papier, in dem einzig das Wort «Wechsel» fehlt, eine viel geringere Sicherheit als eine das Wort «Wechsel» enthaltende Urkunde vermittelte.

⁵⁸ Vgl. die in Anm. 57 zitierte Botschaft des Bundesrates, insbesondere S. 152 ff.

Das geplante Konkordat kam freilich niemals zustande, doch fand der Vorschlag von Burkhardt-Fürstenberger auch in den beiden Entwürfen von Munzinger⁵⁹ Verwendung und wurde ohne grosse Aenderungen im 1875 von Prof. Fick herausgegebenen Vorschlag für ein schweizerisches OR übernommen.

Der 1879 vom Bundesrate veröffentlichte Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechtes hielt an der besprochenen Kompromisslösung fest, weitete sie jedoch aus, indem er dem Eigenwechsel die Zahlungsverprechen an Order zur Seite stellte und des weitem bestimmte, dass die formelle Wechselstrenge für wechselähnliche Anweisungen und Zahlungsverprechen an Order nicht anwendbar sei⁶⁰.

Diese, 1881 zum Gesetz erhobene Regelung, wurde bei den Revisionen des OR von 1911 und 1936 unverändert übernommen und gilt auch heute noch.

§ 12. Konstitutive und fakultative Bestandteile der wechselähnlichen Orderanweisung und des Zahlungsverprechens an Order

I. KONSTITUTIVE ELEMENTE

1. Begriff und Bedeutung

Konstitutive Bedeutung besitzen jene Elemente, die von Art. 1147 bzw. 1151 OR in Verbindung mit Art. 991 bzw. 1096 OR als wesentliche Form-erfordernisse bezeichnet werden⁶¹. Bei Fehlen eines dieser wesentlichen Bestandteile kann die betreffende Urkunde niemals eine wechselähnliche Orderanweisung bzw. ein Zahlungsverprechen an Order darstellen, sofern nicht eine der vom Gesetzgeber geregelten Ausnahmen⁶² vorliegt.

2. Wortlaut

a) Die knappste Form der wechselähnlichen Orderanweisung ist folgende:

Zürich, den 1. Juni 1953.

Am 10. Juni 1953 zahlen Sie an die Order von Herrn Paul Meister,
Wattwil, die Summe von Fr. 1200.—

an Ernst Roduner, Rapperswil.

sig. Adolf Meyer

⁵⁹ 1863 Entwurf Munzinger für ein schweizerisches Handelsgesetzbuch.

1871 Entwurf Munzinger für das gesamte Obligationenrecht.

⁶⁰ Entwurf Art. 843 und 844.

⁶¹ Vgl. Oetterli, S. 13.

⁶² Vgl. Art. 992 bzw. 1097 OR.

b) Der entsprechende Text für das Zahlungsversprechen an Order lautet:

Zürich, den 1. Juli 1953.

Am 15. August 1953 zahle ich an Herrn Peter Diggelmann, Fribourg, oder Order die Summe von Fr. 500.—.

sig. Erich Sutter

3. Die einzelnen Elemente⁶³

a) Schriftlichkeit: Die wechselähnlichen OP bedürfen zu ihrer Gültigkeit stets der Schriftform.

b) Fehlen der Wechselklausel: Der Ausdruck «Wechsel» darf weder allein noch in Wortverbindungen⁶⁴ im Kontexte enthalten sein.

c) Zahlungsklausel: Die zu zahlende Geldsumme (denn nur Geld kann Gegenstand einer derartig verbrieften Anweisung sein) muss nach Betrag und Währung genau bestimmt sein und darf nicht von Bedingungen abhängen⁶⁵.

d) Angabe des Bezogenen: Nur die wechselähnliche Orderanweisung muss ferner den Namen bzw. die Firma dessen enthalten, der zahlen soll. Ohne Bedeutung für die Gültigkeit des Papieres ist es, ob der Angewiesene auch tatsächlich existiere⁶⁶.

Die Angabe des Wohnorts des Bezogenen ist nicht unbedingt notwendig, jedoch üblich und gilt vermutungsweise als Zahlungsort⁶⁷.

e) Angabe der Verfallzeit: Der Eintritt der Verfallzeit führt die Fälligkeit der Papierschuld herbei. Die wechselähnlichen Papiere können analog zum Wechsel (Art. 1023 OR) bei Sicht, nach Sicht, gewisse Zeit nach der Ausstellung oder an einem bestimmten Tag verfallen.

f) Angabe des Zahlungsortes: Wie der Wechsel stellen auch die wechselähnlichen OP Holschulden dar. Wird kein spezieller Zahlungsort erwähnt, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass bei den wechselähnlichen Orderanweisungen die beim Namen des Bezogenen angegebene Ortschaft Zahlungsort sei⁶⁸, während bei den Zahlungsverprechen an Order mangels

⁶³ Sofern nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, besteht im folgenden kein Unterschied zwischen wechselähnlichen Orderanweisungen und Zahlungsverprechen an Order.

⁶⁴ Vgl. Schultze, S. 47.

⁶⁵ Vgl. Oetterli, S. 16.

⁶⁶ Gleicher Meinung, Oetterli, S. 17.

⁶⁷ Art. 992 Abs. 3 OR.

⁶⁸ Siehe Anm. 67.

einer besondern Angabe der Ausstellungsort zugleich als Zahlungsort gilt⁶⁹.

g) Angabe des Remittenten: Des weitem ist in der Urkunde die Person des Remittenten, d. h. derjenige, an den oder an dessen Order geleistet werden muss, anzugeben, wobei es dem Aussteller unbenommen bleibt, eine wechselähnliche Orderanweisung an seine eigene Order zu stellen⁷⁰. Beim Zahlungsverprechen an Order hingegen darf sich der Aussteller nicht zugleich als Remittent bezeichnen, da ansonst dasselbe praktisch zum IP würde⁷¹. Für die Gültigkeit der beiden Papiere spielt es jedoch keine Rolle, ob der angegebene Name des Remittenten mit seinem wirklichen Namen übereinstimme, da es sich hier um ein formales Erfordernis handelt⁷².

h) Angabe des Tages und des Ortes der Ausstellung: Jedes wechselähnliche Papier muss datiert sein und den Ausstellungsort enthalten. Auch hier wird nur formelle Richtigkeit gefordert. Ein objektiv unmögliches Datum würde jedoch die Nichtigkeit des betreffenden Papiere herbeiführen.

i) Unterschrift des Ausstellers: Der Aussteller muss durch seine eigenhändige Unterschrift unter dem Kontexte seinen Willen kundtun, sich wechselfähig verpflichten zu wollen. Gefälschte Unterschriften, sowie solche von erdichteten Personen oder Wechselunfähiger vermögen jene nicht zu binden, hingegen wird davon die Gültigkeit der andern Unterschriften, die ein derartiges Papier möglicherweise noch enthält, nicht berührt⁷³.

k) Orderklausel: Da Orderanweisung und Orderbillet gewillkürte OP sind, hat die Orderklausel konstitutive Bedeutung.

⁶⁹ Art. 1097 Abs. 3 OR.

⁷⁰ Art. 993 Abs. 1 OR.

⁷¹ Gleicher Meinung, Schultze, S. 49.

⁷² Ebenso Oettermann, S. 21; Schultze, S. 49.

⁷³ Vgl. Oettermann, S. 23.

II. FAKULTATIVE ELEMENTE

A) Fakultative Elemente mit wechselrechtlicher Bedeutung

1. Begriff

Diese Elemente sind für die Gültigkeit der wechselähnlichen OP nicht unbedingt erforderlich. Sie bilden lediglich eine vom Gesetz zugelassene Ergänzung oder Modifikation der wesentlichen Bestandteile.

2. Die einzelnen Elemente

a) Zahlstellenvermerk: Gemäss Art. 994 OR bzw. Art. 1098 Abs. 2 OR können die wechselähnlichen Orderanweisungen und die Zahlungsverprechen an Order an irgend einem Orte zahlbar gestellt werden. Diese Massnahme wird sich immer dann aufdrängen, wenn der Bezogene bzw. der Aussteller nicht an einem Bank- oder Handelsplatze wohnt, weil dadurch die Begebarkeit des Papiers erleichtert wird ⁷⁴.

b) «Ohne Obligo» Klausel: Gemäss Art. 999 Abs. 2 OR kann der Aussteller eines Wechsels die Haftung für die Annahme desselben ausschliessen, nicht aber die Haftung für die Zahlung. Da der Aussteller einer Orderanweisung nur für deren Zahlung haftet ⁷⁵, kann er sich dieser Klausel überhaupt nicht bedienen. Sie steht einzig dem Indossanten zur Verfügung, weil dieser das Recht besitzt, sich auch der Haftung für die Zahlung zu ent schlagen.

c) Protesterlassklausel: Art. 1043 OR räumt allen Regressverpflichteten (Aussteller, Indossant, Avalist) das Recht ein, durch den Vermerk «ohne Kosten» oder einem gleichwertigen Ausdruck dem Papierinhaber die Protestierung zu erlassen.

d) Präsentationsverbot: Da Art. 1143 OR ausdrücklich bestimmt, dass die wechselähnlichen Orderanweisungen nicht zur Annahme vorzulegen seien, spielt diese Klausel für derartige Papiere in der Praxis keine Rolle.

e) Ehreintritt oder Notadresse: Es steht dem Aussteller oder einem Indossanten frei, durch den Vermerk «im Falle bei N. N.» oder «nötigenfalls bei N. N.» eine Person zu nennen, bei welcher im Falle der Nichtthonorierung der Orderanweisung zuerst Zahlung nachgesucht werden muss. Eine derartige Notadresse beeinträchtigt jedoch aufs stärkste das Ver-

⁷⁴ Ebenso Oetterli, S. 26.

⁷⁵ Art. 1143 OR.

trauen in das betreffende Papier, da die wechselähnliche Orderanweisung vor allem ein Zahlungsmittel ist ⁷⁶.

Eine auf ein Zahlungsverprechen an Order gesetzte Notadresse bleibt hingegen wechselrechtlich wirkungslos ⁷⁷.

f) Aval: Auch bei den wechselähnlichen Papieren kann eine Wechselbürgschaft errichtet werden, indem der Bürge auf der Vorderseite der Urkunde durch seine blosse Unterschrift oder durch seine mit einem entsprechenden Zusatz versehene Unterschrift seinen Willen kundtut, als Avalist zu haften. Die praktische Bedeutung dieses Institutes ist jedoch sehr gering.

g) Deckungsklausel: Der Aussteller einer Orderanweisung kann durch einen entsprechenden Vermerk auf der Urkunde gemäss Art. 1053 Abs. 2 OR seinen zivilrechtlichen Anspruch aus dem Verhältnis zum Bezogenen mit dem Papiere selbst abtreten, was natürlich zu einer Stärkung der Stellung des Remittenten führt.

B) Fakultative Elemente ohne wechselrechtliche Bedeutung

1. Begriff

Diese Elemente haben keine wechselrechtliche, sondern nur zivilrechtliche Bedeutung. Sie sind vom Gesetz nicht speziell geregelt und können daher auch in beliebiger Anzahl und allen möglichen Erscheinungsformen verwendet werden. Die nachstehende Aufzählung derartiger Institute ist keineswegs abschliessend.

2. Beispiele von Elementen ohne wechselrechtliche Bedeutung

a) Valutaklausel: Dieser Vermerk betrifft die Gegenleistung, die der Aussteller für die Hingabe des wechselähnlichen Papiers vom Remittenten erwartet oder eventuell bereits erhalten hat.

b) Berichtsklausel: Durch die Worte «Laut Bericht» oder «Ohne Bericht» bestimmt der Aussteller, ob der Bezogene erst auf seine Mitteilung hin leisten dürfe.

c) Deckungsklausel ⁷⁸: Die Formel «Stellen Sie den Wert auf meine Rechnung» orientiert den Bezogenen, wie er für seine Leistung Deckung

⁷⁶ Vgl. Oetterli, S. 28.

⁷⁷ So Schultze, S. 56.

⁷⁸ Nicht zu verwechseln mit der unter II A g behandelten Deckungsklausel.

erhalten werde. Die Zahlung kann sowohl für die Rechnung des Ausstellers als auch eines Dritten erfolgen.

§ 13. Geltendmachung und Uebertragung von Orderanweisung und Orderbillet

I. GELTENDMACHUNG DER ORDERANWEISUNG VOR DER ANNAHME

1. Die Rechtsnatur der noch nicht akzeptierten wechselähnlichen Orderanweisung

Als WP gilt gemäss Art. 965 OR jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch übertragen werden kann⁷⁹. Es erscheint nun auf den ersten Blick fraglich, ob die noch nicht akzeptierte wechselähnliche Orderanweisung wirklich ein Recht enthalte, da Ausstellung und Begebung dieser Urkunde dem Papiergläubiger noch keinen wertpapiermässigen Anspruch gegen den Angewiesenen verschaffen. Hinter der Aufforderung zur Zahlung, die der Aussteller durch Vermittlung des Anweisungsempfängers dem Angewiesenen zugehen lässt, steht jedoch ein indirektes Zahlungsverprechen des Erstgenannten: Er verspricht, selbst zu leisten, wenn der Bezogene der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachkommt⁸⁰. Zahlt der Angewiesene nicht, wird der Papiergläubiger mittels Regress den Aussteller belangen. Die nicht akzeptierte wechselähnliche Orderanweisung enthält also tatsächlich nicht nur eine Aufforderung, sondern ein Recht, sodass die weiter oben geäusserten Bedenken in bezug auf ihre WP-Qualität dahinfallen.

2. Die Geltendmachung dieses Papieres

Der Papiergläubiger hat die wechselähnliche Anweisung an Order, die auf einen bestimmten Tag, gewisse Zeit nach der Ausstellung oder nach Sicht zahlbar gestellt ist, an diesem Tage oder an einem der nachfolgenden Werktage zur Zahlung zu präsentieren⁸¹.

Im Unterschied zum Wechsel ist die Orderanweisung nicht zum Akzept vorzulegen. Es steht dem Anweisungsempfänger jedoch frei, diesen Schritt

⁷⁹ Vgl. dazu auch die Ausführungen in § 2 II.

⁸⁰ Vgl. für den Wechsel: H. F. L. Meyer, S. 26.

⁸¹ Art. 1028 OR.

trotzdem zu unternehmen, wobei ihm aber ein Rückgriffsrecht infolge verweigerter Annahme nicht zusteht ⁸².

3. Der Widerruf

Auch die nicht akzeptierte Orderanweisung kann nicht widerrufen werden, da der Aussteller sich durch ihre Begebung verpflichtet hat, für ihre Bezahlung bei Verfall einzustehen, sofern der Bezogene nicht leiste ⁸³. Da der Aussteller gemäss Art. 999 Abs. 2 OR diese Haftung nicht ausschliessen kann, würde die Zulassung des Widerrufs indirekt eine Verletzung der genannten Bestimmung bedeuten, weil sich der Aussteller auf diese Weise selbst nach der Begebung des Papieres noch von seiner Verpflichtung entbinden könnte. Des weitern ist zu beachten, dass das Wechselrecht den Widerruf nicht regelt, und eine Heranziehung der allgemeinen Vorschriften über die Anweisungen weder dem gesetzgeberischen Willen noch der Natur des Wechsels und der wechselähnlichen Orderanweisung entsprechen würde ^{84 85}.

II. DIE GELTENDMACHUNG DER ORDERANWEISUNG NACH DER ANNAHME

1. Der Akt der Annahme

Durch die Annahme, die eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Erklärung ⁸⁶ des Bezogenen darstellt, verpflichtet sich derselbe, die im Papier genannte Geldsumme bei Verfall zu bezahlen. Erst das Akzept vermittelt der wechselähnlichen Orderanweisung den Hauptschuldner oder primär Verpflichteten. Die Folgen der Annahme sind für den Akzeptanten dieselben wie bei einem gezogenen Wechsel mit der Ausnahme, dass er bei Zahlungsunfähigkeit nicht zur Sicherstellung des geschuldeten Betrages angehalten werden kann ⁸⁷.

Die Annahmeerklärung muss auf die Vorderseite der Orderanweisung gesetzt werden. Sie wird im allgemeinen durch den Ausdruck «ange-

⁸² Art. 1148 OR.

⁸³ Gleicher Meinung: Schultze, S. 85; Stranz, Anm. 1 a zu Art. 9 WG; BGE vom 23. Sept. 1899, abgedruckt in Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. 8, S. 282.

⁸⁴ Vgl. BGE vom 23. Sept. 1899.

⁸⁵ Oetterli, S. 114 ff., der den Widerruf bei nicht akzeptierten Orderanweisungen befürwortet, betrachtet sie nur als eine Art Anweisung und übersieht das dahinter stehende Zahlungsversprechen des Ausstellers.

⁸⁶ Ebenso Oetterli, S. 48.

⁸⁷ Art. 1149 Abs. 2 OR.

nommen» oder «akzeptiert» und durch Unterschrift des Bezogenen zum Ausdruck gebracht, doch gilt bereits die blossе Unterschrift des Bezogenen, sofern sie auf der Vorderscite des Papieres zu finden ist, als Akzept⁸⁸.

2. Die Geltendmachung nach erfolgter Annahme

Auch die akzeptierte Orderanweisung ist bei Verfall oder an einem der beiden nachfolgenden Werktage zur Zahlung vorzulegen. Ausser der grössern Wahrscheinlichkeit, mit der der Papiergläubiger auf die Leistung des Bezogenen rechnen darf, besteht kein Unterschied zur Geltendmachung einer nicht angenommenen wechselähnlichen Anweisung an Order.

III. DIE GELTENDMACHTUNG DES WECHSELÄHNLICHEN ZAHLUNGS- VERSPRECHENS AN ORDER

Das Orderbillet, dessen Aussteller in derselben Weise wie der Akzeptant einer Orderanweisung haftet, ist bei Verfall in der gleichen Frist wie die wechselähnliche Anweisung an Order zur Zahlung zu präsentieren⁸⁹.

IV. DIE PROTESTIERUNG VON WECHSELÄHNLICHEN OP

1. Wesen des Protestes

Der Protest bildet in erster Linie Beweismittel, indem dadurch eine klare und beweiskräftige Urkunde geschaffen wird, die aussagt, dass ein wechselähnliches OP bei Verfall rechtzeitig zur Zahlung vorgelegt wurde, ohne jedoch eingelöst zu werden. Da das Wechselrecht die Ausstellung einer Protesturkunde einer Urkundsperson überträgt⁹⁰ und bestimmte Formen und Fristen vorschreibt, ist der Protest zudem ein Solemnitätsakt⁹¹.

2. Fristen und Form des Protestes

a) Fristen: Alle wechselähnlichen OP mit Ausnahme der auf Sicht gestellten, müssen an einem der beiden dem Zahlungstage folgenden Werktage protestiert werden⁹². Bei den auf Sicht gestellten wechselähnlichen OP beträgt die Frist zur Zahlungs- und zur Protestpräsentation, sofern der Aussteller nichts anderes bestimmt, ein Jahr⁹³.

⁸⁸ Vgl. Art. 1015 Abs. 1 OR.

⁸⁹ Art. 1098 Abs. 1 AL 3 OR.

⁹⁰ Art. 1035 OR.

⁹¹ Vgl. Oetterli, S. 58.

⁹² Art. 1034 Abs. 3 OR.

⁹³ Art. 1034 Abs. 3 und 2 in Verbindung mit Art. 1024 Abs. 1 OR.

b) Form: Der Protest ist auf ein besonderes Blatt zu setzen, das mit dem wechselähnlichen OP verbunden wird⁹⁴. Er enthält folgende Angaben⁹⁵:

1. Name oder Firma derjenigen, für und gegen die der Protest erhoben wird.
2. Die Tatsache
 - a) der Nichtzahlung durch die Person, gegen die der Protest gerichtet ist oder
 - b) ihrer fortdauernden Abwesenheit oder
 - c) der Unmöglichkeit der Ermittlung ihrer Wohnung oder ihres Geschäftslokales.
3. Ort und Datum, an dem die Aufforderung vorgenommen wurde.
4. Unterschrift der den Protest erhebenden Person oder Amtsstelle.

3. Arten des Protestes

- a) Bei wechselähnlichen Anweisungen an Order:
Zahlungsprotest, Art. 1034 OR;
Teilzahlungsprotest, Art. 1029 OR;
Protest wegen nicht erfolgter Ehrenzahlung, Art. 1059 Abs. 1 OR;
Protest mangels Einsichtnahme bei einer Orderanweisung nach Sicht, Art. 1013 OR;
Datierungsprotest, Art. 1015 Abs. 2 OR;
Vorlegungsprotest, Art. 1014 Abs. 1 OR.
- b) Bei wechselähnlichen Zahlungsversprechen an Order:
Zahlungsprotest, Art. 1034 OR;
Teilzahlungsprotest, Art. 1029 OR;
Protest wegen nicht erfolgter Ehrenzahlung, Art. 1059 Abs. 1 OR.

4. Wirkung des Protestes

Der auf der Tatsache der Nichteinlösung eines ordnungsgemäss zur Zahlung präsentierten wechselähnlichen OP beruhende Protest bildet die formelle Voraussetzung für die Geltendmachung des Rückgriffanspruches des Papiergläubigers. Dieser Rückgriffanspruch richtet sich gegen diejenigen Schuldner aus einem wechselähnlichen OP, die für die ordnungsgemässe Zahlung haften, ohne selbst Hauptschuldner oder Bürge des Hauptschuldners zu sein⁹⁶.

⁹⁴ Art. 1037 Abs. 1 OR.

⁹⁵ Vgl. Art. 1036 Abs. 1 OR.

⁹⁶ Oetterli, S. 60 ff.

V. DIE ÜBERTRAGUNG VON WECHSELÄHNLICHEN OP

Die gebräuchliche Uebertragung bei allen wechselähnlichen OP ist das Indossament⁹⁷. Die mit einer Uebergabe der Urkunde verbundene Indossierung eines wechselähnlichen OP zeitigt folgende Wirkungen:

1. Uebertragung des wechselähnlichen OP.
2. Einredensbeschränkung des Schuldners.
3. Garantie des Indossanten für Zahlung.

Die von Gesetzes wegen bestehende Pflicht des Indossanten, für die ordnungsgemässe Zahlung eintreten zu müssen, bringt es mit sich, dass die Umlauffähigkeit der wechselähnlichen OP nur eine sehr beschränkte ist⁹⁸.

Neben der Uebertragung durch gewöhnliches Indossament kommt auch eine solche durch Blankoindossament oder Zession in Frage. Beide Uebertragungsarten sind jedoch in der Praxis kaum anzutreffen.

§ 14. Wirtschaftliche Bedeutung der wechselähnlichen Anweisung und des Zahlungsversprechens an Order

I. DIE INTENTIONEN DES GESETZGEBERS⁹⁹

Der Gesetzgeber verfolgte bei der Schaffung dieser beiden Rechtsinstitute einerseits ein politisches, andererseits ein wirtschaftliches Ziel. Politisch sollte die vom Gesetzgeber vorgeschlagene Lösung eines der vielen Hindernisse, die der Vereinheitlichung des Obligationenrechtes im Wege standen, beseitigen helfen, indem dadurch den welschen Kantonen eindeutig eine recht bedeutende Konzession gemacht wurde. Wirtschaftlich galt es, einen dem Wechsel ungefähr gleichwertigen Ersatz zu kreieren, da die grosse Gefahr bestand, dass in der französischen Schweiz nach Einführung des neuen Gesetzes viele Papiere in Umlauf gebracht würden, die nach der Meinung der Beteiligten Wechsel sein sollten, infolge des Nichtvorhandenseins des Wortes «Wechsel» im Kontexte vom Gesetze jedoch niemals als solche anerkannt worden wären. Den Abweichungen des Rechtes für wechselähnliche OP vom Wechselrechte, nämlich dem Fehlen der formellen Wechselstrenge sowie der Annahmepflicht, wurden vom Ge-

⁹⁷ Vgl. dazu § 5 III.

⁹⁸ Näheres in bezug auf diese Frage in § 14.

⁹⁹ Vgl. auch Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweiz. Obligationen- und Handelsrecht, vom 27. November 1879, BB1 1880 I S. 225 ff.

setzgeber keine allzu grosse Bedeutung beigemessen. Er war der festen Ueberzeugung, in der Gestalt von Anweisung und Zahlungsverprechen an Order einen vollwertigen Ersatz für Wechsel und Eigenwechsel gefunden zu haben.

II. DIE WECHSELÄHNLICHEN ANWEISUNGEN UND ZAHLUNGS- VERSPRECHEN AN ORDER IN DER PRAXIS ¹⁰⁰

A) Die tatsächliche Ausgestaltung und Verbreitung von Orderanweisung und Orderbillet

1. Die Orderanweisung

Sie dient einzig als Zahlungsmittel im Verkehr zwischen kleinern Geschäftsleuten und wird vor allem von Gewerbetreibenden benutzt, die der formellen Wechselstrenge entgehen wollen. Bezogener ist immer eine Bank. Unseres Wissens existiert in ganz Zürich jedoch nur eine Grossbank, die Anweisungshefte abgibt. Diese Orderanweisungen werden niemals akzeptiert und ebensowenig indossiert. Als Zirkulationspapier spielen sie demzufolge gar keine Rolle, da jeder Kaufmann es wenn immer möglich vermeidet, eine nicht akzeptierte Urkunde weiter zu begeben, wenn er für deren Zahlung als Indossant eintreten muss. Die Bedeutungslosigkeit der Orderanweisung als Zirkulationspapier wird durch die Tatsache erhärtet, dass sie in der Praxis bei Abhandenkommen niemals kraftlos erklärt, sondern stets nur gesperrt wird. Die Orderanweisung gilt nicht als bankfähiges Papier, was zur Folge hat, dass sie von keiner Bank diskontiert wird. Ebensowenig kann sie als Hinterlage bei der Bestellung eines Lombardkredites dienen ¹⁰¹. Als Wechsellersatz hat die wechselähnliche Orderanweisung seit ihrer Kreierung niemals irgendwelche Bedeutung erlangt. Sie kommt einzig zur Geltung bei den Urkunden, bei denen das Wort «Wechsel» im Kontexte fehlt, die ausdrücklich an Order gestellt sind und alle übrigen formellen Voraussetzungen des Wechselrechtes erfüllen ¹⁰². Derartige Fälle sind in der Praxis äusserst selten ¹⁰³.

¹⁰⁰ Die hier zur Darstellung gebrachten Resultate beruhen auf einer im März 1953 bei sämtlichen Banken und Versicherungsgesellschaften auf dem Platze Zürich durchgeführten Umfrage.

¹⁰¹ Vgl. Schultze, S. 1.

¹⁰² Ueber die Fragen der Konversion, vgl. Schultze, S. 59; Oettermann, S. 122.

¹⁰³ Es ist immerhin darauf hinzuweisen, dass sich unsere Untersuchung auf den Platz Zürich beschränkt. Möglicherweise würden sich in der welschen Schweiz andere Ergebnisse zeitigen.

Hingegen darf mit Sicherheit angenommen werden, dass die Orderanweisung auch in Zukunft von bestimmten Kreisen an Stelle des Checks als Zahlungsmittel verwendet wird, da sie im Unterschied zum Letztern keine bereits vorhandene Deckung erfordert, wodurch dem Anweisenden im allgemeinen ein kurzer Zahlungsaufschub eingeräumt wird.

2. Das Orderbillet

Das wechselähnliche Zahlungsversprechen an Order ist ein in Bankkreisen der deutschen Schweiz unbekanntes Institut¹⁰⁴. Das Papier bietet eben infolge des Ausschlusses der formellen Wechselstrenge und des Sekuritätsregresses zu wenig Sicherheiten, um als Kreditpapier verwendet zu werden. Schultze¹⁰⁵ behauptet zwar, dass das Orderbillet in der Westschweiz recht gebräuchlich sei, da der Ausdruck «billet de change» für den Eigenwechsel sich niemals richtig eingebürgert habe. Es solle hauptsächlich zur Sicherstellung von Forderungen dienen, wobei es oftmals zwecks Erhöhung seiner Sicherheit mit einem Gefälligkeitsindossament versehen werde.

B) Die Hindernisse für eine Weiterbildung dieser Institute durch die Praxis

Die wechselähnlichen OP bieten der Praxis infolge der mangelnden Annahmepflicht, des Fehlens des Sicherheitsregresses und der formellen Wechselstrenge zuwenig Sicherheit, obschon der Gesetzgeber der Auffassung war, es handle sich dabei um Abänderungen zweiter Ordnung¹⁰⁶.

Sie können daher ihre, ihnen vom Gesetzgeber zuge dachte Aufgabe nur zum kleinsten Teile erfüllen, da es die Wirtschaft ablehnt, sie als Ersatz für Wechsel und Eigenwechsel zu gebrauchen, während die vielen gesetzlichen Formvorschriften einer anderweitigen Verwendung beinahe nicht überwindbare Hindernisse in den Weg legen.

¹⁰⁴ Im Verlaufe unserer Umfrage fanden wir keinen Praktiker, der einmal ein derartiges Papier angetroffen hatte.

¹⁰⁵ Schultze, S. 6.

¹⁰⁶ BBl 1880 I S. 225.

III. FOLGEN DER RELATIV KLEINEN BEDEUTUNG DER WECHSELÄHNLICHEN OP

A) Ihre spätere Behandlung durch den Gesetzgeber

Trotz des offensichtlichen Fehlschlusses, der dem Gesetzgeber 1879 in bezug auf die Ausgestaltung der wechselähnlichen OP unterlaufen war, überdauerten die betreffenden Bestimmungen ohne wesentliche Aenderungen selbst die 1937 endlich Gesetz gewordene Revision. Ueberblickt man die während der langen Revisionsjahre entstandenen Protokolle, muss man mit einigem Erstaunen feststellen, dass in keinem einzigen auch nur der Wunsch geäußert wird, die Normen über Orderanweisung und Orderbillet zu revidieren. Die Erklärung dieses Phänomens liegt jedoch auf der Hand: Da in der Wirtschaft die wechselähnlichen OP nur eine sehr geringe Rolle spielten, kamen von dorthier keine Impulse, die den Gesetzgeber zu einer Revision der betreffenden Bestimmungen aufforderten, während für den Letztern zum vornherein kein Anlass zu einem solchen Schritte bestand, da die Normen, gesetzestechnisch gesehen, völlig in Ordnung waren.

B) Das Fehlen ihrer Weiterbildung in der Praxis

Da weder Orderanweisung noch Orderbillet als Wechseleratz den Bedürfnissen der Praxis entsprechen, kümmerte sie sich auch nicht um ihre gesetzliche Neuregelung. Dadurch bildet sich ein *circulus vitiosus*: Der Gesetzgeber wartet auf die Anregungen von Seiten der Praxis, bevor er eine Revision ins Auge fasst, während die Praxis die Rechtsinstitute erst verwenden will, wenn sie ihren Bedürfnissen angepasst sind.

Ein derartiger *circulus vitiosus* kann freilich nur entstehen, wenn die Praxis die betreffenden Rechtsinstitute nicht benötigt. Entsprächen Orderanweisung und Orderbillet einer Notwendigkeit, wären die betreffenden Gesetzesvorschriften unter dem Druck der massgebenden Wirtschaftskreise längst neugefasst.

3. Teil: Unbenannte Orderanweisungen

§ 15. Die durch die schweizerische Lösung entstandene Gesetzeslücke

I. DIE BEIDEN KOMPETENZEN DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

1. Die deutsche Gesetzgebung

Das Wechselrecht wurde in Deutschland durch ein spezielles Gesetz¹⁰⁷ von 1848 geregelt. Neben dem Wechsel und dem Eigenwechsel als den regressauslösenden Anweisungen kennt das deutsche Recht die technisch-indossablen Anweisungen des Handelsrechtes, kurz kaufmännische Anweisungen genannt, die im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von 1869 normiert sind. Diese kaufmännischen Anweisungen müssen auf einen Kaufmann als Bezogenen lauten und die Orderklausel tragen¹⁰⁸. Sie sind keine wechselähnlichen Papiere, da ein Regressanspruch des Inhabers gegen den Aussteller und die Indossanten fehlt, und sie können auf Geld, Effekten oder Waren lauten. Die kaufmännische Anweisung auf Geld ist aber im Verkehr ein beinahe unbekanntes Institut¹⁰⁹.

2. Die französische Gesetzgebung

Art. 110 des 1807 in Kraft getretenen Code de Commerce ist dem Wechsel gewidmet. Im Unterschied zur deutschen Wechselordnung wird in dieser Bestimmung nicht verlangt, dass im Kontexte der Urkunde das Wort «Wechsel» enthalten sein müsse¹¹⁰. Im weitem verbietet diese Vorschrift das Ausstellen von Platzwechseln¹¹¹.

II. DIE SCHWEIZERISCHE LÖSUNG

Der schweizerische Gesetzgeber stützte sich bei seinen Arbeiten weitgehend auf fremdes, vor allem auf deutsches und teilweise auch auf französisches Recht. In zwei entscheidenden Punkten schuf er jedoch eine

¹⁰⁷ Allg. deutsche Wechselordnung vom 26. Nov. 1848.

¹⁰⁸ Vgl. § 363 DHGB; Düringer-Hachenburg, S. 849.

¹⁰⁹ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 785.

¹¹⁰ Vgl. auch Lyon-Caen et Renault, S. 56.

¹¹¹ Vgl. Arminjon et Carry, S. 15.

eigene Lösung. So entschloss er sich zur Generalisierung jener Rechtsinstitute, die im deutschen Handelsgesetzbuche und im Code de Commerce entweder nur Kaufleuten vorbehalten waren oder doch nur für merkantile Zwecke verwendet werden durften¹¹². In seiner Begründung führt der Bundesrat aus: «Diese eigentümliche Tendenz (der Generalisierung) steht mit den demokratischen Staatseinrichtungen in der Schweiz und mit der demokratischen Gesinnung des Schweizervolkes im Zusammenhange, vermöge deren es jeder Sonderstellung eines Berufsstandes entschieden abgeneigt ist. Diese Tendenz rechtfertigt sich durch die wohl in keinem andern Lande Europas in so hohen Grade durch alle Schichten der Gesellschaft gleichmässig verbreitete Schulbildung und geschäftliche Begabung des Schweizervolkes¹¹³.»

Die zweite eigenartige Tendenz, die bereits in anderm Zusammenhange geschildert wurde¹¹⁴, beruhte auf der dringenden Notwendigkeit, besonders Rechtsanschauungen und Traditionen der französischen Schweiz, die sich dort unter dem Einfluss des französischen Rechtes gebildet hatten, Rechnung zu tragen.

Aus diesen Erwägungen heraus schuf der Gesetzgeber die wechselähnlichen OP. Die wechselähnliche Orderanweisung sollte in erster Linie den gezogenen Wechsel ersetzen können und sollte zugleich auch in leicht veränderter Form an die Stelle der kaufmännischen Orderanweisungen des DHGB treten. Damit schien ein doppeltes Ziel erreicht zu sein: Einerseits war die wichtigste Abweichung der welschen Wechselordnungen berücksichtigt worden, andererseits war dabei trotzdem das deutsche System nicht gänzlich ausser acht gelassen worden. Man konnte demzufolge diesem System getrost treu bleiben und ohne weiteres die Regelung der Verpflichtungsscheine an Order in Angriff nehmen.

Das wechselähnliche Zahlungsversprechen an Order, das die französische Art des Eigenwechsels ersetzen sollte, war eine vom deutschen Recht völlig losgelöste Kreation. Es tauchte zum ersten Male im Entwurfe von 1879 auf und diente einzig zur Vervollständigung der vorgeschlagenen Kompromisslösung zwischen deutschem und französischem Recht.

¹¹² Vgl. Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurfe, enthaltend Schweiz. Obligationen- und Handelsrecht, vom 27. Nov. 1879, BB1 1880 I S. 174 ff.

¹¹³ BB1 1880 I S. 174.

¹¹⁴ Vgl. § 11 II.

III. DIE INFOLGE DER WECHSELÄHNLICHEN ANWEISUNGEN AN ORDER ENTSTANDENE LÜCKE

Die wechselähnlichen Anweisungen an Order des schweizerischen Rechtes sollten nicht nur unter Umständen den gezogenen Wechsel ersetzen, sondern zugleich im System der OP die Stelle der kaufmännischen Orderanweisungen des DHGB einnehmen. Dabei entging anscheinend dem schweizerischen Gesetzgeber, dass die wechselähnlichen Orderanweisungen einzig mit den auf Geld lautenden kaufmännischen Anweisungen an Order identifizierbar sind, während kein äquivalentes schweizerisches Rechtsinstitut für auf Effekten oder Waren ausgestellte kaufmännischen Orderanweisungen besteht. Die technisch indossable Geldanweisung ist jedoch ausgerechnet die handelsrechtliche Anweisung, die für den Verkehr völlig bedeutungslos ist¹¹⁵.

Nachdem bereits in andern Zusammenhänge¹¹⁶ das Bestehen eines *numerus clausus* bei OP abgelehnt wurde, bleibt noch zu prüfen, ob der Gesetzgeber eventuell durch sein Stillschweigen bewusst Orderanweisungen auf Effekten oder Waren habe ausschliessen wollen. In den Materialien wird jedoch nirgends der geringste Hinweis in dieser Richtung gegeben. Ebenso wenig liesse sich dafür ein vernünftiger Beweggrund finden. Es wäre wirklich nicht einzusehen, wieso der schweizerische Gesetzgeber einzig die unwichtigste Art von Anweisungen an Order aus dem deutschen Recht übernommen haben sollte und die beiden andern Erscheinungsformen nicht dulden würde.

Es muss an dieser Stelle noch einmal mit aller Deutlichkeit betont werden, dass es dem schweizerischen Gesetzgeber in erster Linie um das Finden der Kompromisslösung zwischen deutscher und französischer Auffassung ging. Die gleichzeitige Weiterverwendung des deutschen OP-Systems war von durchaus sekundärer Bedeutung, und es fragt sich, ob man nicht eher von einem Zufall sprechen müsste. Diese Tatsache allein vermag zu erklären, warum im schweizerischen Recht einzig die Geldanweisungen an Order geregelt sind.

Damit glauben wir den Nachweis geleistet zu haben, dass die gezeigte Lücke keineswegs bewusst entstanden ist, und demzufolge von Praxis und Doktrin ausgefüllt werden darf.

¹¹⁵ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 785.

¹¹⁶ Vgl. § 7.

§ 16. Ausgestaltung und Möglichkeiten der Verwendung von unbenannten Orderanweisungen

I. FORM UND INHALT DER UNBENANNTEN ORDERANWEISUNG

1. Allgemeines

Die unbenannten Orderanweisungen sind, funktionell betrachtet, keine wechselähnlichen Papiere. Ihnen fehlt daher auch das für jene typische Merkmal, die Regressauslösung bei Nichtbezahlung. Als rechtliche Grundlage für sie steht uns in erster Linie das allgemeine schweizerische Anweisungsrecht (Art. 466 ff. OR) ¹¹⁷ zur Verfügung. Die an ein derartiges OP zu stellenden Formerfordernisse, die die reibungslose Zirkulation des genannten Papiere ermöglichen und die rechtmässigen Interessenten an der Urkunde vor Eingriffen von Unberechtigten schützen sollen, sind dem allgemeinen WP-Recht (Art. 965 ff. OR) sowie dem Wechselrecht (Art. 990 ff. OR) zu entnehmen, während das Recht der deutschen kaufmännischen Anweisungen (DHGB Art. 363 ff.) wertvolle Hinweise für die Verwendungsmöglichkeiten von unbenannten Orderanweisungen vermittelt.

2. Die einzelnen Formerfordernisse

a) Schriftlichkeit: Im Unterschied zu den gewöhnlichen Anweisungen ist für die Orderanweisung, als einem WP, die Schriftform unerlässlich ¹¹⁸.

b) Ort und Zeit der Ausstellung: Der Ausstellungsort vermag unter Umständen dazu beizutragen, die Person des Ausstellers näher zu bestimmen, während das Ausstellungsdatum vor allem für Fragen des Verfalls und der Verjährung eine bedeutende Rolle spielt. Weder Ort- noch Zeitangabe müssen der Wahrheit entsprechen, sie müssen jedoch möglich sein. Das Fehlen des Ausstellungsortes führt nur dann nicht zur Nichtigkeit der unbenannten Orderanweisung, wenn neben der Unterschrift des Ausstellers dessen Wohnort angegeben ist ¹¹⁹.

c) Name des Anweisungsempfängers: Der Anweisungsempfänger ist einer der drei von Gesetzes wegen ¹²⁰ an jeder Anweisung beteiligten Personen. Sein Name muss im Kontexte der Urkunde erscheinen.

¹¹⁷ Vgl. auch §§ 8, 9, 10.

¹¹⁸ Art. 965 OR.

¹¹⁹ Vgl. für den Wechsel, Art. 992 Abs. 4 OR.

¹²⁰ Art. 466 OR.

d) Name des Angewiesenen: Dieser Name wird im allgemeinen in die linke untere Ecke der Vorderseite der Urkunde gesetzt. Mangels einer besonderen Angabe gilt der beim Namen des Bezogenen angegebene Ort zugleich als Zahlungsort wie auch als dessen Wohnort ¹²¹.

e) Unterschrift des Ausstellers: Durch seine Unterschrift gibt der Aussteller seinen Willen kund, wirklich eine derartige Urkunde erschaffen zu wollen. Auch hier wird nur formelle Richtigkeit gefordert, sodass selbst unbenannte Orderanweisungen mit gefälschten Unterschriften von rechtlicher Bedeutung für die andern Beteiligten sein können.

f) Orderklausel: Das Fehlen der Orderklausel stempelt die unbenannten Orderanweisungen zu gewöhnlichen Anweisungen.

3. Der Inhalt

Da die wechselähnlichen Orderanweisungen stets auf Geld lauten müssen, verbleiben den unbenannten Anweisungen an Order als möglicher Inhalt Waren oder Effekten. Die durch ein derartiges WP angewiesene Sache muss bestimmt sein und darf nicht von einer Gegenleistung abhängig sein. Im Anschluss an unsere früheren Ausführungen ¹²² halten wir dafür, dass auch Spezies vertretende unbenannte Orderanweisungen zulässig sind.

II. GELTENDMACHUNG

1. Vor der Annahme

Die nicht akzeptierte unbenannte Orderanweisung vermittelt dem Anweisungsempfänger einzig eine *Anwartschaft*. Der Angewiesene wird aufgefordert, dem Anweisungsempfänger zu Lasten des Ausstellers eine Leistung zu erbringen. Bei den unbenannten Orderanweisungen fehlt ein dahinter stehendes indirektes Zahlungsversprechen des Ausstellers, da er nicht mittels Regress belangt werden kann. Die nicht akzeptierten, unbenannten Anweisungen an Order verkörpern kein Recht, sondern nur die Aufforderung, etwas zu leisten und sind demzufolge keine WP ¹²³.

2. Nach der Annahme

Durch den Akt der Annahme, der in genau der gleichen Weise erfolgt wie bei der gewöhnlichen Anweisung und bei der wechselähnlichen Orderanweisung, erhält der Anweisungsempfänger einen wertpapiermässigen

¹²¹ Vgl. für den Wechsel, Art. 992 Abs. 3 OR.

¹²² § 9 III 2.

¹²³ Ebenso Wieland, in Festgabe, S. 23.

Anspruch auf Leistung. Er kann nun mit Hilfe der Urkunde sein Recht geltend machen. Im Falle der Nichtbezahlung hat er freilich auch nach der Annahme kein Rückgriffsrecht auf den Aussteller und allfällige Indossanten.

III. ÜBERTRAGUNG

1. Vor der Annahme

Eine noch nicht akzeptierte unbenannte Orderanweisung ist gemäss den allgemeinen Regeln des OR über die Zession (OR Art. 165 ff.) zu übertragen. Ein auf die Urkunde gesetztes Indossament hat bei diesem Papier nur Transportwirkung, während dem Schuldner alle Einreden erhalten bleiben, die ihm gegen die frühern Papierinhaber zur Verfügung standen. Die Weiterbegebung einer noch nicht akzeptierten unbenannten Orderanweisung dürfte relativ selten gelingen, da sie weder einen sichern Anspruch noch ein Rückgriffsrecht vermittelt.

2. Nach der Annahme

Nach der Akzeption ist die unbenannte Orderanweisung nicht mehr Legitimations-, sondern gewillkürtes OP. Die bisher in ihr verbriefte Anwartschaft wird zum Forderungsrecht.

Die Uebertragung einer angenommenen unbenannten Orderanweisung erfolgt im allgemeinen mittels Indossament, das in diesem Falle jedoch nicht nur Transportwirkungen hat, sondern zugleich die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Einreden beschränkt¹²⁴.

Die Zirkulationsfähigkeit einer akzeptierten unbenannten Orderanweisung hängt freilich im hohen Masse von der Person des Bezogenen ab, da der Käufer eines derartigen Papieres einzig einen Anspruch gegen diesen erwirbt.

IV. DER WIDERRUF

Die nicht akzeptierte unbenannte Orderanweisung kann vom Aussteller widerrufen werden, sofern sie nicht zur Tilgung seiner Schuld oder sonst zum Vorteile des Empfängers angefertigt wurde¹²⁵. Hingegen ist der Widerruf einer angenommenen unbenannten Orderanweisung ausgeschlossen.

¹²⁴ Vgl. dazu auch die in § 5 II und III niedergelegten allgemeinen Grundsätze für die Uebertragung von OP, die hier vollumfänglich Geltung haben.

¹²⁵ Art. 470 OR gilt auch für die nicht akzeptierte unbenannte Orderanweisung.

V. DIE PRAKTISCHEN VERWENDUNGSMÖGLICHKEITEN VON UNBENANNTEN ORDERANWEISUNGEN

In der Folge sollen zwei Arten von nicht auf Geld lautenden Orderanweisungen dargestellt werden, die sich beide in Deutschland in der Praxis bewährt haben.

A) Der Lieferschein*

1. Form und Inhalt

a) Inhalt: Mit Hilfe des Lieferscheines weist ein Warenkäufer oder ein Einlagerer von Waren seinen Verkäufer, den Lagerhalter oder eventuell auch einen Spediteur an, bestimmte Waren einem Begünstigten auszuliefern¹²⁶. Der Lieferschein stellt also eine Anweisung auf Auslieferung von Waren an einen Begünstigten dar¹²⁷. Als Aussteller tritt im allgemeinen der Einlagerer oder ein Käufer der Ware auf, während Lagerhalter, Spediteure und Verkäufer als Bezogene in Frage kommen.

b) Form: Die in I 2 dieses Paragraphen aufgestellten Formerfordernisse kommen beim Lieferschein ohne Abweichung zur Anwendung. Eine derartige Urkunde hat demzufolge beispielsweise folgenden Wortlaut:

Zürich, den 15. Juli 1953

Bei Sicht liefern Sie hingegen an Herrn Albert Gfeller, Neuhausen,
oder Order 20 000 kg Kaffee Santos, erste Qualität, ungeröstet, in
Säcke verpackt.

An Alois Simon, Zürich

sig. Ernst Lüthy

2. Geltendmachung und Uebertragung

Für die Geltendmachung und die Uebertragung des Lieferscheines gelten die früher allgemein formulierten Regeln¹²⁸. Es ist jedoch zu beachten, dass die Begebung des Lieferscheines noch keine Uebereignung der Ware mit sich bringt¹²⁹. Der Begünstigte kann im Falle der Nichtbefriedigung nur auf Grund des zivilen Rechtsverhältnisses, nicht aber mit Hilfe des Lieferscheines vorgehen. Erst das Akzept des Bezogenen verschafft dem

* Vgl. vor allem: Dr. H.-J. Recke: Lieferschein und Effektscheck, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.

¹²⁶ Vgl. dazu Düringer-Hachenburg, S. 852.

¹²⁷ Vgl. Ulmer, S. 132.

¹²⁸ Vgl. III dieses Paragraphen.

¹²⁹ Dazu Recke, S. 41.

Lieferscheinempfänger einen sichern Anspruch. Für die Zirkulation kommen demgemäss nur angenommene Lieferscheine in Frage.

3. Aufgaben, Vorteile und Schwächen des Lieferscheines

Da in der Schweiz sich der Orderlagerschein¹³⁰ niemals richtig einbürgern konnte, wäre der Lieferschein geeignet, an dessen Stelle zu treten, indem auch er es dem Kaufmann ermöglicht, über seine Waren zu verfügen, ohne sie transportieren zu müssen. Auf diese Weise werden Zeit, Geld und Transportrisiko gespart und der Handel vereinfacht und verbilligt¹³¹. Des weitern vermöchte der Lieferschein der Kreditbeschaffung zu dienen, da der Anspruch auf Lieferung der Ware durch Uebergabe der akzeptierten Urkunde verpfändet werden könnte. Als Kreditmittel könnte er den Warrant¹³² ersetzen, der in der Schweiz ebensowenig Anklang gefunden hat wie der an Order gestellte Lagerschein.

Der Lieferschein kann im Unterschied zum Orderlagerschein und zum Warrant von jedermann ausgestellt werden. Der Handel würde also bei diesem Papier von seiner Abhängigkeit gegenüber den konzessionierten Lagerhaltern befreit, und damit fiel das grösste Hindernis für die Verbreitung derartiger Urkunden dahin. Es hat sich nämlich in der Praxis gezeigt, dass die Lagerhäuser vor der Verwendung von Orderlagerschein und Warrant zurückschrecken. Freilich vermögen auch die meisten Lieferscheine, da in der Regel ein Lagerhalter als Bezogener aufgeführt wird, ohne Mithilfe der Letztern nicht ihre volle Wirkung entfalten, da der Lieferschein erst durch das Akzept zum WP wird¹³³.

Den grössten Hemmschuh für eine weitere Verbreitung des Lieferscheines bilden jedoch die Schwierigkeiten, die sich einer keine Zweifel und Diskussionen offen lassenden Warenumschreibung entgegenstellen. Nur in Branchen, deren Warenumschreibung auf festen, internationalen Usancen beruht, kann der Lieferschein jemals zu wirklicher Bedeutung gelangen. Selbst dann noch wird der vorsichtige Kaufmann stets nur mit einigem Unbehagen an Stelle der Ware ein Papier entgegennehmen.

Trotz der dem Lieferschein anhaftenden Schwächen erachten wir ihn für geeignet, eine Lücke in der Reihe der bestehenden schweizerischen Handelspapiere auszufüllen. Die in Deutschland gemachten Erfahrungen¹³⁴

¹³⁰ Dieses Papier wird im 3. Kapitel dieser Arbeit behandelt werden.

¹³¹ Vgl. Recke, S. 1.

¹³² Vgl. Anm. 130.

¹³³ Vgl. II 1 dieses Paragraphen.

¹³⁴ Davon Recke, S. 3.

mit diesem Papier haben auf jeden Fall seine Brauchbarkeit für die Praxis bewiesen.

B) Der Effektenscheck *

1. Inhalt:

Die Effektenschecks sind Anweisungen über die in Sammelverwahrung liegenden WP (Aktien, Obligationen, etc.) ¹³⁵. Sie müssen an Order lauten, um zur Kategorie der unbenannten Orderanweisungen zu gehören. Diese Sammelverwahrung wurde zum erstenmale 1852 von der Bank des Berliner Kassenvereins eingerichtet und später bei einer grössern Anzahl von Giroeffektenbanken eingeführt. Sie dient der Ermöglichung des stückelosen Effektenverkehrs. Die Kunden der diesem Effektingiroverkehr angeschlossenen Banken übergeben ihrer Bank ihre WP ins Sammeldepot und schliessen mit ihr einen sogenannten *Effektingirovertrag* ¹³⁶ ab. Dadurch verpflichten sie sich, über ihre WP nur noch mit Hilfe von Effektenschecks zu verfügen. Der Handel mit diesen WP erfolgt dann nicht durch die Lieferung von Stücken, sondern durch Umschreibung in den Büchern der Effektingirobanken, wodurch rechtlich die Miteigentumsanteile an den sammelverwahrten Effekten übertragen werden.

2. Arten von Effektenschecks

Die deutsche Praxis hat drei Formen von Effektenschecks entwickelt, nämlich den Auslieferungsscheck, den Ueberweisungsscheck und den Verpfändungsscheck ¹³⁷.

a) Der Auslieferungsscheck: Durch diesen, im allgemeinen weissen Scheck wird die verwahrende Bank aufgefordert, dem im Papier Genannten oder an dessen Order die angegebene Anzahl der bezeichneten Effektingattung wirklich herauszugeben.

b) Der Verpfändungsscheck: Auf Grund dieses grünen Schecks sondert die Bank bestimmte Effektenstücke zugunsten des gemäss des Papiers Ermächtigten ab und bewahrt sie in der Folge für ihn, da er ein Pfandrecht an diesen Stücken erworben hat, gesondert auf.

* Vgl. vor allem Dr. H.-J. Recke: Lieferschein und Effektenscheck, in Abhandlungen zum bürgerlichen Handels- und Arbeitsrecht, Heft 2, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.

¹³⁵ Ulmer, S. 132.

¹³⁶ Vgl. Recke, S. 6.

¹³⁷ Vgl. Recke, S. 19.

c) Der Ueberweisungsscheck: Dieser rote Scheck, der in der Praxis die Hauptrolle spielt, weist die Bank an, dem Begünstigten die verlangte Anzahl der bezeichneten WP gutschreiben, d. h. seinen Anteil am Effektdenpot entsprechend zu erhöhen.

3. Geltendmachung und Uebertragung

Die Geltendmachung erfolgt durch Präsentation der Urkunde bei der auf dem Effektenscheck angegebenen Bank. Da die Annahme von Effektenschecks sich niemals richtig eingebürgert hat¹³⁸, sind sie keine Zirkulationspapiere und werden praktisch überhaupt nicht übertragen.

*4. Die dem Effektingiroverkehr zugrunde liegende Idee*¹³⁹

Der Giroverkehr ist bedeutend billiger als der Verkehr mit effektiven Stücken, und jede Verbilligung dient der Förderung des gesamten Effektenverkehrs. Des weitem erspart die Sammelverwahrung von Effekten ihre tatsächliche Hin- und Herbewegung, verringert die Abnutzung der Papiere und bietet grösstmögliche Sicherheit für ihre Aufbewahrung.

5. Die eventuelle Einführung des Effektenschecks in der Schweiz

Nachdem die theoretische Möglichkeit, den Effektenscheck auch in der Schweiz einzuführen, auf Grund unserer Untersuchungen eindeutig bejaht werden muss, stellt sich die Frage nach seiner Verwendbarkeit in der schweizerischen Praxis. In diesem Zusammenhange muss vor allem auf zwei Tatsachen hingewiesen werden, die ernsthafte Zweifel an der praktischen Brauchbarkeit der Effektenschecks für den schweizerischen Bankverkehr erwecken:

In erster Linie darf nicht ausser acht gelassen werden, dass die Schweiz ein ausserordentlich banken-¹⁴⁰ und wertpapierreiches Land ist. Nur in verhältnismässig wenig Fällen besitzen Käufer und Verkäufer eines WP bei der gleichen Bank ein Konto und könnten sich daher des Ueberweisungsschecks bedienen. Viel öfters müsste der Auslieferungsscheck verwendet werden. Dadurch fällt aber die angestrebte Verbilligung und die Verringerung der Abnutzung weg und macht im Gegenteil einer Komplizierung des ganzen Effektenverkehrs Platz.

¹³⁸ Vgl. Recke, S. 50.

¹³⁹ Dazu Recke, S. 7.

¹⁴⁰ Allein auf dem Platze Zürich bestehen über 60 Banken.

Ferner darf auch nicht vergessen werden, dass sehr viele schweizerische Bankkunden eine Aufbewahrung ihrer Wertschriften in einem Sammeldepot aus persönlichen Gründen (Geheimhaltung) strikte ablehnen würden. Der Effektengiroverkehr kann jedoch seine Funktion nur ausüben, wenn der allergrösste Teil der Bankkunden zur Mitwirkung bereit ist.

Zusammenfassend müssen wir feststellen, dass wir infolge der oben dargelegten Gründe den Effektenscheck, im Unterschied zum Lieferschein, als für das schweizerische Rechtsleben nicht geeignet erachten.

3. Kapitel:

Verpflichtungsscheine an Order

1. Teil: Grundlagen

§ 17. Die Verpflichtungsscheine an Order im allgemeinen

I. BEGRIFF

Der Begriff der Verpflichtungsscheine an Order ist nicht eine Schöpfung der Praxis, sondern der Doktrin. Die Wissenschaft wollte damit eine Anzahl der bereits seit langer Zeit bekannten OP unter einer Sammelbezeichnung zusammenfassen, um einen weitem Teil der WP systematisch einordnen zu können und sie gemeinsamen Normen zu unterwerfen.

Der schweizerische Gesetzgeber hat, ebenso wie der deutsche, darauf verzichtet, durch eine Legaldefinition den Begriff des Verpflichtungsscheines an Order eindeutig festzulegen. Art. 1152 Abs. 1 OR vermittelt jedoch eine Beschreibung dieses Papieres, aus der hervorgeht, dass darunter mit der Orderklausel ausgestattete Urkunden zu verstehen sind, in denen sich der Zeichner verpflichtet, nach Ort, Zeit und Summe bestimmte Geldzahlungen zu leisten oder bestimmte Mengen vertretbarer Sachen zu liefern¹.

Die Verpflichtungsscheine an Order gehören demnach zur Gruppe der Schuldverschreibungen, worunter alle jene Papiere fallen, in denen ein Leistungsversprechen verbrieft ist². Das in jedem Verpflichtungsschein an Order enthaltene Versprechen oder Anerkenntnis begründet immer eine selbständige Verpflichtung auf Leistung³.

Die sehr weit gefasste Begriffsumschreibung zeigt, dass die Verpflichtungsscheine an Order keineswegs eine in sich geschlossene Gruppe darstellen. Der Gesetzgeber suchte dieser Tatsache Rechnung zu tragen, in-

¹ Für die kaufmännischen Verpflichtungsscheine an Order vgl. § 363 DHG.

² Ebenso Ulmer, S. 106.

³ Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 854 (Anm. 17 zu § 363).

dem er als Marginale zu Art. 1152 OR den Ausdruck «andere indossierbare Papiere» setzte. Die unter diesem Marginale zusammengefassten Papiere zerfallen in zwei Untergruppen, nämlich in die Verpflichtungsscheine an Order im engeren Sinne, von denen Art. 1152 Abs. 1 OR spricht, und die in Art. 1152 Abs. 2 OR erwähnten Warenpapiere, wobei jedoch die für die Orderverpflichtungsscheine im engeren Sinne formulierte Umschreibung auch für die Warenpapiere Geltung hat.

Die Aufzählung der Warenpapiere in Art. 1152 Abs. 2 OR ist auf keinen Fall abschliessend, da das wichtigste Warenpapier, das Konnossement, überhaupt nicht erwähnt ist.

Schliesslich fallen unter die in Art. 1152 OR geregelten Papiere auch die Namensaktien⁴, die uns jedoch nicht weiter beschäftigen, da sie nicht gewillkürte, sondern gesetzliche OP sind⁵.

II. AUS DER SCHWEIZERISCHEN ENTWICKLUNGSGESCHICHTE DER VERPFLICHTUNGSSCHEINE AN ORDER⁶

Der Entwurf von Burkhardt-Fürstenberger von 1854 enthielt noch keinen Hinweis irgendwelcher Art auf die Orderverpflichtungsscheine, während die beiden Vorschläge Munzingers⁷ bereits einzelne Erscheinungsformen (Ladeschein, Lagerschein, Warrant) der erwähnten WP-Art regelten. Der 1879 veröffentlichte, 1881 zum Gesetz erhobene Entwurf des Bundesrates befasste sich zum ersten Male, in Anlehnung an das DHGB, mit den Verpflichtungsscheinen an Order im allgemeinen. In drei Artikeln⁸ wurden die wichtigsten diese Gruppe betreffenden Fragen gelöst, wobei allerdings festzustellen ist, dass die Redaktion dieser Normen nicht mit der notwendigen Sorgfalt durchgeführt wurde⁹. Die nach 1911 einsetzenden Revisionsarbeiten zogen die in Art. 843—845 aOR niedergelegten Regeln im Art. 1152 OR zusammen, ohne jedoch den Text des zu Bedenken Anlass gebenden Artikelabschnittes¹⁰ neu zu fassen. Da sich

⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen OR vom 21. 2. 28, S. 140.

⁵ Vgl. § 6 III.

⁶ Für die allgemeine Entwicklungsgeschichte der Verpflichtungsscheine an Order vgl. Silberschmidt, S. 332 ff.

⁷ 1863 Entwurf Munzinger für ein schweizerisches Handelsgesetzbuch.
1871 Entwurf Munzinger für das gesamte OR.

⁸ Art. 843—845 aOR.

⁹ Diese Behauptung wird in Ziff. III dieses Paragraphen bewiesen werden.

¹⁰ Art. 843 Abs. 1 aOR.

inzwischen in der Praxis gezeigt hatte, dass die gesetzlichen Bestimmungen in bezug auf die Warenpapiere ungenügend waren, wurden in den Art. 1153—1155 OR genaue Formvorschriften für derartige Papiere niedergelegt.

Die recht summarische Behandlung, die der Gesetzgeber bei der Revision den Orderverschuldungsscheinen im engeren Sinne zukommen liess, wird freilich verständlich, wenn man sich an dieser Stelle bereits Rechenschaft über ihre Bedeutungslosigkeit für die Praxis gibt¹¹.

III. FORMALE ERFORDERNISSE DER VERPFLICHTUNGSSCHEINE AN ORDER

Die im folgenden besprochenen Formerfordernisse gelten für alle Verpflichtungsscheine an Order im weiteren Sinne. Bei einzelnen Urkundenarten, so vor allem bei den Warenpapieren, treten zu diesen noch weitere rein formelle Bedingungen, damit das betreffende Papier als WP anerkannt wird.

Die einzelnen Erfordernisse:¹²

1. *Schriftlichkeit*

Die Verpflichtungsscheine an Order bedürfen als WP zu ihrer Gültigkeit stets der Schriftform.

2. *Verpflichtungserklärung des Zeichners:*

Aus dem Inhalt der Urkunde muss die Verpflichtung klar ersichtlich sein. Blosser Quittungen und Bestätigungen machen das Papier nicht zu einem Verpflichtungsschein¹³. Die Verpflichtung bedeutet zugleich das Versprechen des Zeichners, die in der Urkunde genannte Summe oder Ware bei ordnungsgemässer Vorlegung des Scheines durch den rechtmässigen Inhaber zu leisten.

3. *Angabe des Erfüllungsortes:*

Gemäss Art. 1152 Abs. 1 OR muss der Erfüllungsort, analog zum Wechselrecht¹⁴, in der Urkunde ausdrücklich erwähnt sein. Es fehlt jedoch eine zu Art. 1097 Abs. 3 OR gleichlautende Bestimmung, und auch in Art.

¹¹ Näheres darüber in den §§ 19 und 20.

¹² Vgl. Art. 1152 Abs. 1 OR.

¹³ Düringer-Hachenburg, S. 855 (Anm. 18 zu § 363).

¹⁴ Art. 991 Ziff. 5 OR.

1152 Abs. 2 OR, wo auf bestimmte Vorschriften des Wechselrechtes verwiesen wird, lässt sich keine Verweisung auf die in Frage stehende Norm finden. Es würden also für die Verpflichtungsscheine an Order strengere Formvorschriften als für Wechsel gelten. Die Unhaltbarkeit einer derartigen Forderung dürfte ohne weitere Begründung klar ersichtlich sein. Die Praxis hat denn auch dieses Erfordernis nie beachtet¹⁵. Dieses Problem, das nur infolge einer etwas unsorgfältigen Redaktion des Art. 1152 OR entstanden ist, lässt sich unseres Erachtens nur durch die Annahme lösen, die in Art. 1152 Abs. 2 OR vorhandenen Verweise auf das Wechselrecht seien nicht abschliessend, sodass Art. 1097 Abs. 3 OR auch für die Verpflichtungsscheine an Order Geltung beanspruchen kann¹⁶. In diesem Falle würde der Ausstellungsort oder der beim Namen des Ausstellers angegebene Ort mangels einer besondern Angabe als Erfüllungsort gelten.

4. Angabe der Erfüllungszeit

Auch hier sollen nicht strengere Anforderungen als im Wechselrecht gestellt werden. So darf wohl kein Kalenderdatum verlangt werden. Gerade bei den Effektenlieferscheinen ist es der Bank oftmals überhaupt unmöglich, die genaue Erfüllungszeit im voraus bekannt zu geben¹⁷. Bei Fehlen eines Verfalltermins ist Art. 1097 Abs. 2 OR anzuwenden und anzunehmen, dass das Papier bei Sicht verfalle¹⁸.

5. Bestimmtheit der Leistung

Die verbrieft Leistung muss genau bestimmt sein, denn nur bestimmte Leistungen können als Inhalt von Zirkulationspapieren in Frage kommen. Die Leistung darf auch nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden.

6. Die Beschränkung auf vertretbare Sachen

Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass nur vertretbare Sachen als Inhalt einer Orderverschuldung in Betracht kommen. Es fragt sich nun, ob ein auf eine unvertretbare Sache lautender Verpflichtungsschein an

¹⁵ So fehlt bei sämtlichen von uns eingesehenen Effektenlieferscheinen der Erfüllungsort.

¹⁶ Ebenso Dörig, S. 99.

¹⁷ Sie begnügt sich in einem solchen Falle stets mit der Formulierung «nach Erscheinen».

¹⁸ Im gleichen Sinne Dörig, S. 101.

Order überhaupt WP sein könne. Wir halten dies für durchaus möglich, da unseres Erachtens neben den im Gesetz genannten, gewillkürten OP auch sogenannte unbenannte, gewillkürte OP existieren¹⁹. Ein auf Spezies lautender Orderverpflichtungsschein wäre demzufolge als unbenanntes, gewillkürtes OP zu betrachten, für das im übrigen genau die gleichen Formvorschriften wie für die andern Verpflichtungsscheine an Order Gültigkeit hätten²⁰.

7. Ausstellungsort und Ausstellungsdatum

Jeder Verpflichtungsschein an Order muss diese Angaben enthalten, wobei jedoch nur formelle Richtigkeit gefordert wird. Bei Fehlen des Ausstellungsortes wird angenommen, das Papier sei an dem beim Namen des Ausstellers angegebenen Orte angefertigt worden²¹.

8. Unterschrift des Ausstellers

Der Zeichner muss durch seine eigenhändige Unterschrift beurkunden, dass er bereit ist, die im Texte angegebene Verpflichtung einzugehen.

9. Orderklausel

Da die Verpflichtungsscheine an Order gewillkürte OP sind, fordert Art. 1152 Abs. 1 OR, dass jedes derartige Papier die Orderklausel enthalten müsse. Zur Orderklausel gehört auch die Nennung des Erstberechtigten, sofern nicht von allem Anfang an ein IP geschaffen werden soll.

IV. GELTENDMACHUNG UND ÜBERTRAGUNG

1. Geltendmachung

Der Gesetzgeber hat die Geltendmachung der Orderverpflichtungsscheine nicht speziell geregelt. Es fehlt auch ein Verweis auf die Bestimmung des Wechselrechtes²². Da der Regress bei den Verpflichtungsscheinen an Order gemäss Art. 1152 Abs. 3 OR ausdrücklich ausgeschlossen ist, besteht kein Grund zur Anwendung der strengen wechselrechtlichen

¹⁹ Vgl. hierzu § 7 sowie die Begründung in § 9 III 2.

²⁰ Anderer Meinung Dörig, S. 17.

Es ist jedoch nicht einzusehen, warum auf Spezies lautende Verpflichtungsscheine an Order andern Formvorschriften unterworfen werden sollen als die Uebrigen.

²¹ Analog zu Art. 1097 Abs. 4 OR.

²² Art. 1028 OR.

Vorschrift. Der Gläubiger kann demzufolge irgendwann nach Verfall des Papiere beim Schuldner mit Hilfe der Urkunde die Leistung fordern, wobei allerdings nicht anzunehmen ist, dass der Papierinhaber mit der Geltendmachung seines Anspruches allzu lange zuwartet, da er dadurch seine Stellung in den seltensten Fällen verbessern kann. Dem nicht leistungswilligen Schuldner stehen einzig die bekannten²³ Einreden des Art. 1146 OR zu Gebote.

2. Uebertragung

Die Verpflichtungsscheine an Order werden im allgemeinen mit Hilfe des Indossamentes übertragen. Indossierung und Uebergabe des Papiere bewirken die Uebertragung des Verpflichtungsscheines an Order, wobei dem Schuldner auch gegenüber dem neuen Gläubiger nur die sich aus Art. 1146 Abs. 1 OR ergebenden Einreden zur Verfügung stehen. Neben der Uebertragung durch Voll- oder Blankoindossament besteht stets auch die Möglichkeit der Abtretung mit Hilfe der keinerlei Einredensbeschränkungen auslösenden Zession.

Die Form des Indossamentes ist laut Art. 1152 Abs. 2 OR den Vorschriften des Wechselrechtes²⁴ unterworfen. Da Art. 1152 OR im Verhältnis zu Art. 968 OR — der bestimmt, dass die Indossierung in allen Fällen nach den Vorschriften über den Wechsel zu erfolgen habe — eine *lex specialis* darstellt, sind Teilindossamente bei den Verpflichtungsscheinen an Order zuzulassen, sofern das WP in mehreren Exemplaren vorhanden ist²⁵. Bedingte Indossamente können jedoch auch bei derartigen Urkunden nicht in Frage kommen, da für die Zirkulation bestimmte Papiere auf keinen Fall nur bedingt übertragen werden dürfen, wenn nicht die Sicherheit des Verkehrs ernsthaft gefährdet werden soll.

V. VERPFÄNDUNG

Die in § 5 IV aufgestellten Regeln haben auch für die Verpflichtungsscheine an Order Geltung. Immerhin ist schon an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass für verschiedene Warenpapiere Sondervorschriften²⁶ beste-

²³ Vgl. § 5 I A.

²⁴ Art. 1003 OR.

²⁵ Anderer Meinung Dörig, S. 95, der annimmt, dass der Gesetzgeber in seinem Verweis Art. 1002 Abs. 2 OR ebenfalls einschliessen wollte.

Dieser Auffassung können wir uns nicht anschliessen, da Art. 1152 Abs. 2 OR ausdrücklich von der Form des Indossamentes spricht.

²⁶ Vgl. vor allem Oftinger, N 1—36 zu Art. 902 ZGB.

hen, die für diese Papiere nicht unwesentliche Abweichungen vom allgemeinen Pfandrecht der OP mit sich bringen.

VI. AMORTISATION

Geht ein Verpflichtungsschein an Order verloren, muss derselbe vom Richter für kraftlos erklärt werden, damit eine neue Urkunde aufgestellt werden kann²⁷. Auch für die Orderverpflichtungsscheine sieht das Gesetz (Art. 1152 Abs. 2 OR) die Heranziehung der für den Wechsel gültigen Normen (Art. 1072—1080 OR) vor.

VII. VERJÄHRUNG

Da Art. 1152 Abs. 2 OR keinen Verweis auf die wechselrechtlichen Verjährungsbestimmungen (Art. 1069—1071 OR) enthält und auch keine gesetzepolitischen Interessen geltend gemacht werden können, die die Anwendung dieser Normen als wünschenswert erscheinen lassen, sind die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Verjährung anzuwenden. Die Verpflichtungsscheine an Order verjähren demzufolge mit dem Ablauf von zehn Jahren nach ihrer Fälligkeit²⁸.

§ 18. Die Warenpapiere im besondern

I. BEGRIFF

Die Warenpapiere verkünden nicht nur einen obligatorischen Anspruch wie die übrigen Orderverpflichtungsscheine, sondern auch ein dingliches Recht, sodass das Papier die Ware bei allen dinglichen Veränderungen vollgültig vertreten kann. Die Warenpapiere gehören daher zur Gruppe der sogenannten Dispositions- und Traditionspapiere²⁹. Sie vermitteln den Güterbesitzwechsel ohne Güterbewegung³⁰.

Die Warenpapiere verkörpern stets eine Forderung aus einem Fracht- oder Verwahrungsvertrag³¹, wobei der Verpflichtungsgrund (causa) in der Urkunde selbst erwähnt wird. Es wird demzufolge ein vom Verpflich-

²⁷ Einzig beim Konnossement gilt eine andere, in § 23 zu besprechende Regelung.

²⁸ Art. 127 und 130 Abs. 1 OR.

²⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen OR vom 21. Febr. 1928, S. 140.

³⁰ Kaderli, S. 73.

³¹ Ebenso H. Meier, S. 50.

tungsgrunde abhängiges Schuldverhältnis begründet, es entsteht ein kausales WP³². Die meisten Zirkulationspapiere sind jedoch abstrakter Natur. Unter Abstraktheit ist nicht diejenige des Art. 17 OR zu verstehen, die auch einfache oder formelle Abstraktheit genannt wird, und zu einer Beweislastumkehr führt, sondern die sogenannte materielle Abstraktheit, die nicht nur eine Umkehrung der Beweislast zur Folge hat, sondern die dem Schuldner eine Berufung auf das Kausalgeschäft überhaupt verunmöglicht, also mit andern Worten mit einem Einredensausschluss verbunden ist³³. Soll ein kausales WP geschaffen werden, muss die causa in der Urkunde genannt werden, da andernfalls der Grundsatz der Schriftrechtlichkeit verletzt würde und eine Berufung auf den Verpflichtungsgrund ohne Erfolg bliebe.

Die Warenpapiere sind deklaratorische WP³⁴, da die Verpflichtung zur Beförderung oder zur Aufbewahrung der Waren schon mit dem Abschluss des Fracht- oder Lagervertrages, also vor Ausstellung der Urkunde, zur Entstehung kommt.

II. KAUSALE WP ÖFFENTLICHEN GLAUBENS

Es ist zu untersuchen, wie sich die Erwähnung der causa in der Urkunde auf die beiden Komponenten³⁵ des öffentlichen Glaubens bei WP, auf die Schriftrechtlichkeit und Autonomie, auswirkt.

1. Schriftrechtlichkeit

Kausalität und Schriftrechtlichkeit können ohne weiteres nebeneinander bestehen, da Schriftrechtlichkeit ja bloss Verpflichtung gemäss Urkundeninhalt bedeutet. Während jedoch die Schriftrechtlichkeit einseitig zu Gunsten des Gläubigers wirkt, hat der Schuldner die Möglichkeit, durch Aufnahme der causa in der Urkunde die Wirkungen der Schriftrechtlichkeit einzuengen, indem sich jeder Gläubiger Einreden aus dem Grundgeschäft gefallen lassen muss, soweit der Urkundeninhalt diese zulässt.

³² Gleicher Meinung Trachsel, S. 83.

³³ Vgl. Dörig, S. 49.

³⁴ Gleicher Meinung H. Meier, S. 54.

³⁵ Vgl. auch § 3 II 1.

2. Autonomie

Der Grundsatz des Ausschlusses von Einreden gegenüber Vormännern des Gläubigers wird bei den kausalen WP öffentlichen Glaubens ebenfalls eingeschränkt, indem die Zulassung von Einreden aus dem Grundgeschäft dem Schuldner im beschränkten Umfange ermöglicht, Einreden aus dem Verhältnis zum ersten Nehmer der Urkunde geltend zu machen.

III. DIE WARENPAPIERE ALS KAUSALE WP ÖFFENTLICHEN GLAUBENS

Die Verbindung der Warenwertpapiere mit dem Verpflichtungsgrunde hat zur Folge, dass die für OP sonst bezeichnende Garantiehaftung zum Teil zu einer Verschuldenshaftung abgeschwächt wird³⁶. Der Aufbewahrer oder Frachtführer hat die Möglichkeit, gegenüber dem Erwerber des Papieres den Nachweis zu erbringen, dass die ihm zur Aufbewahrung oder zum Transport anvertrauten Waren ohne sein Verschulden untergegangen seien, und kann sich auf diese Weise von seiner Leistungspflicht befreien (Exkulpationsbeweis). Trotzdem sind die Warenpapiere WP öffentlichen Glaubens, da für den Inhalt der Verpflichtung im Verhältnis zum Empfänger nicht der zu Grunde liegende Vertrag, sondern das Warenpapier massgebend ist, und Einreden gegenüber Vormännern des Gläubigers, mit Ausnahme des ersten Nehmers der Urkunde, nicht erhoben werden können.

IV. DIE ZUSÄTZLICHEN FORMALEN ERFORDERNISSE DES ART. 1153 OR

Zu den bereits in § 17 III besprochenen formellen Voraussetzungen der Verpflichtungsscheine an Order im allgemeinen kommen bei den Warenpapieren noch hinzu:

1. Name und Wohnort des Ausstellers

Neben Ort und Datum der Ausfertigung und der Unterschrift des Ausstellers müssen auch sein Name und Wohnort in der Urkunde speziell erwähnt sein. Diese Angabe wird meistens im Kopf der Urkunde zu finden sein.

³⁶ Vgl. Ulmer, S. 65.

2. Name und Wohnort des Einlagerers oder Absenders

Im Unterschied zu den übrigen Verpflichtungsscheinen an Order sind bei den Warenpapieren schon von allem Anfang an drei Personen beteiligt, nämlich der Aussteller, ein Einlagerer oder Absender und ein Empfänger. Daher fordert das Gesetz ausdrücklich auch die Nennung dieses Dritten.

3. Bezeichnung der eingelagerten oder aufgegebenen Ware nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen

Das Warenpapier kann seine Aufgabe, an Stelle der in ihm verbrieften Ware zu treten, nur erfüllen, wenn eine sehr genaue Umschreibung und Individualisierung der Letztern in der Urkunde vorgenommen wird. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber bestimmt, dass die Ware nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen zu bezeichnen sei.

Da jedoch die benannten Verpflichtungsscheine an Order alle auf Gattung lauten müssen, entsteht hier eine Unstimmigkeit, indem das Warenpapier eine durch Ausscheidung für den Berechtigten bereits individualisierte Gattungsware verurkundet. Diese Unstimmigkeit kann nur dadurch gelöst werden, indem die Frage der Indossabilität ausschliesslich nach dem Wortlaut der Urkunde bestimmt wird, während gerade umgekehrt die Antwort auf die Frage, ob eine Spezies Lager- bzw. Ladegut sei, sich ausschliesslich nach den tatsächlichen Verhältnissen richtet, die der Ausstellung des Scheines zugrunde liegen³⁷.

Nennung der zu entrichtenden oder vorausbezahlten Gebühren und Löhne³⁸

Der Lagerhalter oder der Frachtführer kann die ihm zustehende Vergütung für seine Bemühungen vom Warenpapierempfänger verlangen, bevor er die Ware herausgibt. Daher muss der am Warenpapier Berechtigte genau wissen, ob die aufgelaufenen Kosten bereits im voraus bezahlt wurden oder ob sie noch zu entrichten sind.

³⁷ Düringer-Hachenburg, S. 862 (Anm. 28 zu § 363 DHGB).

³⁸ Vgl. auch H. Meier, S. 87 ff.

5. Aufzählung der besondern Vereinbarungen, die von den Beteiligten über die Behandlung der Ware getroffen wurden

Hierher gehören Angaben über die Art der Einlagerung (Einzel- oder Sammelagerung) oder des Transportes (z. B. Transport an Deck des Schiffes), sowie über eventuelle besondere Verpflichtungen des Lagerhalters oder Frachtführers für den Unterhalt der ihm anvertrauten Ware.

6. Zahl der Ausfertigungen des Wertpapiers

Diese Bestimmung erlangt im allgemeinen nur bei den Konnossementen Bedeutung, da einzig diese in mehreren Exemplaren angefertigt werden³⁹.

7. Angabe des Verfügungsberechtigten mit Namen oder an Order oder als Inhaber

Der Gesetzgeber lässt den Ausstellern von Warenpapieren die Wahl, ob sie die Urkunde auf den Namen, an Order oder auf den Inhaber ausfertigen wollen. In der Praxis werden jedoch die Warenpapiere immer an Order gestellt⁴⁰.

V. BEDEUTUNG DER FORMVORSCHRIFTEN

Die in Art. 1153 OR angeführten Erfordernisse sind strikte zu erfüllen⁴¹. Es ist unseres Erachtens z. B. ausgeschlossen, bei Fehlen des Ausstellungsortes, analog zu Art. 992 Abs. 4 OR, den Wohnort des Ausstellers als Ausstellungsort gelten zu lassen. Die sehr strengen formellen Anforderungen lassen sich bei den Warenpapieren im Unterschied zu den Verpflichtungsscheinen an Order im engeren Sinne rechtfertigen, da für ihre Aufgabe unbedingte Klarheit in bezug auf ihre Form und ihren Inhalt herrschen muss⁴².

Der Gesetzgeber hat denn auch in Art. 1155 Abs. 1 OR diesen Formvorschriften absolut zwingenden Charakter verliehen, indem er bestimmt, dass Scheine, die über lagernde oder verfrachtete Waren ausgestellt werden, ohne den gesetzlichen Formvorschriften für Warenpapiere zu entsprechen, nicht als WP anerkannt werden, sondern nur als Empfangsscheine oder andere Beweisurkunden gelten.

³⁹ Begründung in § 23.

⁴⁰ Bei unserer Umfrage fand sich niemand, der bereits einmal ein auf den Namen oder den Inhaber lautendes Warenpapier gesehen hätte.

⁴¹ Vgl. stenographisches Bulletin des Nationalrates, 1934, S. 830.

⁴² Gleicher Meinung, H. Meier, S. 84.

VI. DIE DEN WARENPAPIEREN EIGENE DINGLICHE TRADITIONSWIRKUNG ⁴³

Werden für Waren, die einem Frachtführer oder Lagerhaus übergeben sind, WP ausgestellt, die sie vertreten, so gilt die Uebertragung einer solchen Urkunde als Uebertragung der Ware selbst, bestimmt Art. 925 Abs. 1 ZGB.

Diese Traditionswirkung der Warenpapiere hat sich im Verlaufe der Entwicklung des Handelsverkehrs herausgebildet und später in fast der ganzen Welt ihre rechtliche Anerkennung gefunden ⁴⁴.

Neben dieser die Eigentumsübertragung mit Hilfe eines Warenpapieres regelnden Norm legt Art. 902 Abs. 1 ZGB in analoger Weise fest, dass für eine durch WP vertretene Ware die Verpfändung des WP ein Pfandrecht an der Ware bestelle.

Eine bestimmte Einschränkung dieser Traditionswirkung bedeutet Art. 925 Abs. 2 ZGB, wonach dem gutgläubigen Empfänger des Warenpapieres der gutgläubige Empfänger der Ware vorangehe ⁴⁵. Eine gleichlautende Vorschrift für die Verpfändung mittels Warenpapier fehlt, ob-
schon eine derartige Kollision auch im Pfandrecht durchaus möglich ist. Wie aus den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB hervorgeht ⁴⁶, hat man tatsächlich an eine entsprechende Norm für den doppelten Pfandrechtserwerb gedacht, doch war man bei den Betrachtungen der Ansicht, dass Art. 925 Abs. 2 ZGB die Aufnahme einer gleichlautenden Bestimmung für den Pfandrechtserwerb entbehrlich mache. Bei einer Konkurrenz zwischen Faustpfand an Waren und Verpfändung durch ein Warenpapier geht also das Faustpfandrecht an der Ware der Verpfändung durch Warenpapier vor, sofern beide Parteien gutgläubig sind ⁴⁷.

Zu grossen Diskussionen hat die Frage Anlass gegeben, ob durch die Uebertragung des Papieres auch Eigentum oder Pfandrecht erworben werden könne, wenn das bei Nichtexistenz eines Warenpapieres nicht möglich gewesen wäre, da der Lagerhalter oder Frachtführer als Besitzmittler

⁴³ Vgl. dazu vor allem die sehr eingehenden Darstellungen bei Klein, S. 68 ff.; H. Meier, S. 98 ff.; sowie bei Knuth, S. 106 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu K. Mannschatz: Die dingliche Wirkung des Konnossementes, Leipziger Diss. 1913.

⁴⁵ Uebertrieben scheint uns die Feststellung Bruderes, S. 63, zu sein, der behauptet, Art. 925 Abs. 2 ZGB beeinträchtige den WP-Charakter der Warenpapiere im starken Masse.

⁴⁶ Vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf II, S. 330.

⁴⁷ Ebenso H. Meier, S. 116.

seinen unselbständigen Besitz nicht mehr hat, sei es, dass er die Ware verloren hat, oder sie ihm abhanden gekommen ist, oder sie ein Dritter im bösen Glauben erworben hat.

Die zur Lösung dieser Frage aufgestellten Theorien sollen in diesem Zusammenhange nicht dargestellt werden⁴⁸. Klar scheint uns jedoch aus Art. 925 Abs. 2 ZGB hervorzugehen, dass der gutgläubige Warenpapiererwerber dem schlechtgläubigen Besitzer der Ware vorgeht⁴⁹. Einzig diese Auffassung vermag auch dem Prinzip von Treu und Glauben zu entsprechen. Es folgt daraus, dass tatsächlich Fälle möglich sind, in denen der Papiererwerber Eigentum an der Ware erhält, obschon der Frachtführer oder Lagerhalter keinen Besitz mehr daran hat⁵⁰.

VII. DIE AUF SPEZIES LAUTENDEN WARENPAPIERE

In § 17 III Ziff. 6 haben wir festgehalten, dass auf Spezies lautende Verpflichtungsscheine an Order theoretisch möglich sind. Hier ist nun vor allem noch zu prüfen, ob auf unvertretbare Sachen lautende Orderverpflichtungsscheine, besonders Warenpapiere, überhaupt von praktischem Wert sein können. So vertritt z. B. H. Meier die Ansicht⁵¹, dass trotz einer genauen Beschreibung der zugrunde liegenden Waren nach äusserlichen Merkmalen, Gewicht, Zeichen, Nummern, Verpackungsart usw., das Papier ein nicht vertretbares Gut in qualitativer Hinsicht nie so repräsentieren könne, dass die Sache nur auf Grund des Scheines ohne Besichtigung der Ware erworben werden könne. Wir können dieser Auffassung nicht beipflichten, da gerade z. B. Kunstgegenstände, Maschinen etc., die mittels Konnossement verschifft werden, ihren Eigentümer oft wechseln, bevor sie den Bestimmungshafen erreicht haben. Die Zulassung von auf Spezies lautenden Warenpapieren hat also nicht nur theoretischen Wert, sondern ist auch von Bedeutung für die Praxis.

⁴⁸ Sie sind in den Arbeiten der drei in Anm. 43 zitierten Autoren geschildert.

⁴⁹ Gleicher Meinung Kurth, S. 111.

⁵⁰ Im gleichen Sinne C. Wieland: Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, Anm. 36 zu Art. 925 ZGB, S. 499.

⁵¹ H. Meier, S. 95.

2. Teil: Die einzelnen Erscheinungsformen

A) Die Verpflichtungsscheine an Order im engern Sinne

§ 19. Die auf Geld lautenden Verpflichtungsscheine an Order

I. BEGRIFF

Eine an Order gestellte, auf Geld lautende Urkunde gilt als Verpflichtungsschein, sofern sich der Aussteller verpflichtet, eine nach Ort, Zeit und Summe bestimmte Geldzahlung zu leisten.

II. WORTLAUT

Der Orderverpflichtungsschein auf Geld hat im einfachsten Falle folgenden Inhalt:

Zürich, den 20. September 1953

Ich verpflichte mich, am 1. Oktober 1953 in Zürich an Herrn Oskar Brändli, Winterthur oder Order, die Summe von Fr. 1200.— auszu-
bezahlen. sig. Hermann Kessler

III. ABGRENZUNG GEGENÜBER DEN ZAHLUNGSVERSPRECHEN AN ORDER

Ein Vergleich mit dem Wortlaut des Zahlungsversprechens an Order⁵² ergibt, dass dort einzig an Stelle von «ich verpflichte mich» der Ausdruck «ich zahle» zu finden ist. Ebenso fehlt im Zahlungsversprechen an Order die Nennung des Erfüllungsortes im Kontexte. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die beiden herausgearbeiteten Unterschiede rein zufälliger Natur sind. Im Orderverpflichtungsschein ist die Formulierung «ich zahle» ohne weiteres zulässig, da ja nur verlangt wird, dass aus dem Inhalt der Urkunde die Verpflichtung ersichtlich sei⁵³. Der Erfüllungsort kann auch im Zahlungsversprechen an Order erwähnt werden⁵⁴, während er umgekehrt im Text des Verpflichtungsscheines an Order nicht unbedingt vorhanden sein muss⁵⁵.

Als Resultat dieser Untersuchung ist festzuhalten, dass kein äusserlich erkennbarer Unterschied zwischen dem auf Geld lautenden Verpflichtungsschein an Order und dem Zahlungsversprechen an Order besteht.

⁵² Vgl. § 12 I 2.

⁵¹ Vgl. § 12 I 3 f.

⁵³ Vgl. § 17 III 2.

⁵⁵ Vgl. § 17 III 3.

IV. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG

Die äusserliche Uebereinstimmung von Zahlungsverprechen und Geldverpflichtungsschein an Order muss zu grossen Unzukömmlichkeiten führen, sofern beide in der Praxis verwendet werden, da das eine einen Rückgriff mangels Zahlung kennt, während beim andern jeder Regress gemäss Art. 1152 Abs. 3 OR ausgeschlossen ist. Diese Tatsache deutet zugleich darauf hin, dass weder Geldverpflichtungsscheine noch Zahlungsverprechen an Order von der Praxis geschaffen wurden. Beide Papiere sind Geschöpfe des Gesetzgebers, der damit bestimmte, theoretisch vorhandene Lücken ausfüllen wollte. Wie die Zahlungsverprechen an Order sind denn auch die auf Geld lautenden Orderverrpflichtungsscheine ohne jede praktische Bedeutung geblieben⁵⁶. Dieses Resultat kann nicht verwundern, wenn man bedenkt, dass der Papierinhaber nur das Versprechen eines ihm eventuell nicht bekannten Schuldners in der Hand hat ohne jede weitere Sicherheit, während allfällige Indossanten ihrerseits stets fürchten müssen, das von ihnen indossierte Papier sei kein Verpflichtungsschein, sondern ein Zahlungsverprechen an Order.

§ 20. Der Effektenlieferschein *

I. BEGRIFF

Der Zeichner verpflichtet sich durch Ausgabe eines an Order gestellten Effektenlieferscheines, dem im Papier Genannten oder an dessen Order eine bestimmte Anzahl von WP nach Erscheinen zu liefern⁵⁷. Der Effektenlieferschein stellt rechtlich eine abstrakte Schuldverschreibung dar⁵⁸.

II. WORTLAUT

Seit ungefähr zehn Jahren verwenden verschiedene Banken gleichlautende, an Order gestellte Formulare. Ausgefüllt hat eine derartige Urkunde z. B. folgenden Wortlaut:

⁵⁶ Bei unserer Umfrage ergab sich, dass den wenigsten Praktikern auch nur bekannt war, dass die Möglichkeit zur Schaffung derartiger Papiere überhaupt besteht.

* Vgl. vor allem: Dr. A. Matter: Einige Bemerkungen über die bei Anleiheemissionen üblichen Lieferscheine, in SJZ 37, S. 77 ff.

⁵⁷ Die Erwähnung des Erfüllungsortes ist gemäss den in § 17 III 3 gemachten Ausführungen nicht unbedingt notwendig.

⁵⁸ Bruderer, S. 74.

Wir verpflichten uns, gegen Rückgabe dieses Lieferscheines an Herrn Max Rütimann, Kloten oder Order, nach Erscheinen zu verabfolgen:

20 Obligationen à Fr. 500.— der Serie A/2 der Industriewerke Chippis AG, Chippis; zinsberechtigt ab 1. Januar 1954.

Zürich, den 1. Oktober 1953.

sig. Schweiz. Bank- und Handelsgesellschaft

Sehr oft wird auch der Name des aus dem Papier Berechtigten nicht genannt, so dass die Urkunde zum IP wird. Einzelne Banken wiederum stellen Effektenlieferscheine aus, die durch die aufgedruckte Bemerkung, dass die Bank den jeweiligen Vorweiser des Lieferscheines als rechtmässigen Besitzer betrachten können, ihres wertpapiermässigen Charakters entkleidet werden und nur Legitimationspapiere darstellen.

III. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG

Da zwischen Einzahlung und Aushändigung der definitiven Titel bei der Zeichnung von neuen WP oftmals eine geraume Zeit verstreichen kann, wurden die Effektenlieferscheine geschaffen, die von den Banken auf Verlangen nach erfolgter Bezahlung und Zuteilung der Papiere ausgegeben werden⁵⁹. Die Effektenlieferscheine erfüllen wirtschaftlich die gleiche Aufgabe wie die Interimsscheine⁶⁰. Sie werden jedoch nicht vom Schuldner selbst, sondern von der Vermittlungsstelle zwischen Schuldner und Gläubiger, im allgemeinen einer Bank, ausgestellt. Die Effektenlieferscheine werden nur bei der Ausgabe von Obligationen verwendet, da bei den Gründungen von Aktiengesellschaften Zahlungen zum Erwerb von Aktien bei einer von den Kantonen bezeichneten Depositenstelle auf den Namen des in Entstehung befindlichen Unternehmens zu hinterlegen sind⁶¹, und die Banken in diesem Stadium nicht mehr als Vermittler zwischen Gläubiger und Schuldner in Erscheinung treten.

⁵⁹ Vgl. Matter in SJZ 37, S. 77 ff.

⁶⁰ Vgl. § 6 II 3.

⁶¹ Art. 633 Abs. 3 OR.

§ 21. Die an Order gestellte Transportversicherungspolice *

I. BEGRIFF

1. Die Versicherungspolice im allgemeinen

Sie ist die Vertragsurkunde über den Inhalt des Versicherungsvertrages und weist die Besonderheit auf, dass sie erst nach Vertragsabschluss auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung des Versicherers (Art. 11 VVG) zuhanden des Versicherungsnehmers errichtet wird⁶².

Als Police im Rechtssinne ist einerseits die Einzelpolice, andererseits das Versicherungszertifikat in Verbindung mit einer Generalpolice in Betracht zu ziehen⁶³.

a) Einzelpolice: Sie beurkundet den Abschluss eines bestimmten Versicherungsvertrages. In diesem hat der Versicherer gegen Entgelt für den Fall des Eintrittes einer ungewissen, wirtschaftlich nachteiligen Tatsache eine Vermögensleistung versprochen⁶⁴. Die Einzelpolice enthält stets eine genaue Umschreibung des versicherten Ereignisses, die allgemeinen Versicherungsbedingungen, sowie die im betreffenden Vertrag speziell getroffenen Vereinbarungen.

b) Generalpolice und Versicherungszertifikat: Die Generalpolice stellt den Beweis über den Abschluss einer Versicherung von zukünftigen, bloss bestimmbareren Interessen dar, ohne dieselben näher zu umschreiben. Sie ist nicht für den Verkehr bestimmt⁶⁵. Das Versicherungszertifikat hingegen dient als Beweisdokument über ein auf Grund des laufenden Versicherungsvertrages entstandenes Versicherungsverhältnis. Generalpolice

* Vgl. vor allem: H. Ehrensperger: Der laufende Versicherungsvertrag in der Seetransportversicherung, besonders seine Rechtsnatur, Zch. Diss. 1944.

D. Berthoud: L'assurance des marchandises contre les risques de transport, Thèse Neuchâtel 1942.

⁶² Vgl. Jaeggi, N 292.

⁶³ Ebenso Ehrensperger, S. 207.

⁶⁴ Vgl. BGE 71 I 275.

⁶⁵ Dazu Art. 77 der allgemeinen Bedingungen für die Versicherung von Gütertransporten (Abgekürzt A. B. V. T. 1940): «Die offene Police (Generalpolice) stellt einen Rahmenvertrag dar, durch den Versicherungsnehmer und Versicherer während der Dauer seiner Wirksamkeit sich verpflichten:

der erste, sämtliche vereinbarungsgemäss unter die Police fallenden Sendungen, die für seine Rechnung und Gefahr (oder für Rechnung und Gefahr Dritter, sofern sie ihn mit der Vornahme der Versicherung beauftragt haben) reisen, versichern zu lassen, gleichviel, ob diese Sendungen durch ihn selber oder durch für ihn handelnde Dritte wie: Verkäufer, Makler, Spediteur usw. ausgeführt werden;

der zweite, sie zu den gedruckten und geschriebenen Bedingungen der Police zu versichern.»

und Versicherungszertifikat sind vor allem für die Schadensversicherung von Bedeutung. Das Versicherungszertifikat übernimmt im gewissen Umfange Aufgaben, die sonst einer Police zukämen, so besonders bei der Veräusserung einer versicherten Sache, bei der Abtretung und bei der Verfügungsberechtigung im Rahmen der Versicherung für fremde Rechnung, nicht aber in bezug auf den sonstigen Inhalt des Versicherungsvertrages⁶⁶. Es hat alle Merkmale, die es für den Verkehr benötigt, doch kann es nur zusammen mit der Generalpolice als Police im Rechtssinne betrachtet werden, da es in seinem Texte immer wieder auf diese Bezug nimmt und nur beide zusammen sämtliche Rechte und Pflichten von Versicherer und Versicherungsnehmer stipulieren.

2. Die an Order gestellte Transportversicherungspolice im besondern

Der Versicherer verspricht in ihr, dem in der Police Genannten oder an dessen Order eine gewisse Vermögensleistung zu erbringen, sofern die versicherte Ware während ihres Transportes Schaden genommen hat, und als Ursache des Schadens nicht ein durch die Versicherung ungedecktes Risiko nachweisbar ist. Die Höhe der vom Versicherer zu erbringenden Vermögensleistung richtet sich stets nach dem Umfang des vom Versicherungsnehmer erlittenen Schadens, übersteigt jedoch in keinem Falle die in der Police fixierte Versicherungssumme⁶⁷.

II. RECHTSNATUR

Der schweizerische Gesetzgeber hat es unterlassen, die Rechtsnatur der Schadensversicherungspolice eindeutig festzulegen. Das VVG erklärt nur, dass der Anspruch aus einem Personenversicherungsvertrage weder durch einfache Uebergabe der Urkunde noch durch Indossierung abgetreten oder verpfändet werden könne⁶⁸. Die Bestimmung über die Kraftloserklärung (Art. 13 VVG) kann nicht als Beweis für den WP-Charakter der Transportversicherungspolice herangezogen werden, da sie auch für die Personenversicherungspolice Anwendung findet.

⁶⁶ Ehrensperger, S. 208.

⁶⁷ Vgl. Grundbegriffe X der A. B. V. T. 1940: Unter Versicherungssumme ist der in der Police oder in der Versicherungsanmeldung auf offene Policen angegebene Wert zu verstehen. Die Versicherungssumme bildet die Grenze der Haftung des Versicherers, der für keinen höhern Betrag in Anspruch genommen werden kann, selbst wenn der Schaden aus verschiedenen Ursachen oder aus verschiedenen Unfällen herrührt.

⁶⁸ Art. 73 Abs. 1 VVG.

Es muss also vorerst einmal festgehalten werden, dass weder aus dem VVG noch aus dem OR klar hervorgeht, ob die Transportversicherungspolice WP sei oder nicht. Da auch verschiedene andere Fragen durch die Normen des VVG nicht gelöst wurden, trafen die schweizerischen Versicherer 1940 ein Uebereinkommen⁶⁹, das das Gesetz ergänzt und zum Teil an dessen Stelle tritt und das für alle in der Schweiz arbeitenden Transportversicherungsgesellschaften verbindlich ist⁷⁰. Dieses Uebereinkommen ist bei der Prüfung der Frage, ob die an Order gestellte Transportversicherungspolice WP sei, gleichfalls heranzuziehen.

Der WP-Charakter der Transportversicherungspolice an Order wird nun von der Doktrin fast durchwegs verneint, wenn auch aus ganz verschiedenen Gründen. Wir wollen im folgenden die einzelnen Begründungen kurz darlegen:

1. König⁷¹ behauptet, die Police sei nicht in der von Art. 965 OR geforderten Weise Trägerin des Versicherungsanspruches, denn bei ihr folge das Papier der Forderung und nicht die Forderung dem Papier. Diese Erscheinung ist jedoch nicht nur bei der Transportversicherungspolice festzustellen, sondern bei allen NP, sodass der erhobene Einwand nur klarlegt, dass die Transportversicherungspolice kein WP öffentlichen Glaubens sei.

2. Bruderer⁷² vertritt die Ansicht, dass das Fehlen eines gegenwärtigen Wertes der Forderung bei Schadens- und Unfallversicherungspolice deren WP-Charakter überhaupt ausschliesse. Bruderer stützt sich hierbei auf die fast einhellige Ablehnung von bedingten OP durch die Doktrin⁷³. Trotzdem sind wir der Ansicht, dass das von Bruderer angeführte Argument den WP-Charakter der Transportversicherungspolice nicht ausschliessen würde. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass sie, für sich allein betrachtet, vor Eintritt eines Schadens keinen Wert verkörpert. Eine Schadensversicherungspolice bildet jedoch unseres Erachtens mit der durch sie geschützten Sache eine *Einheit*. So wird es keinem Verkäufer einfallen, Sache und Police zwei verschiedenen Personen zu übertragen. Die Police garantiert dem Berechtigten, dass ihm der Wert der Sache erhalten bleibe, da sie für den zufälligen Untergang der Sache einsteht.

⁶⁹ Allg. Bedingungen für die Versicherung von Güter-Transporten (A. B. V. T. 1940).

⁷⁰ Vgl. Obrist, S. 81.

⁷¹ Koenig, S. 64.

⁷² Bruderer, S. 77.

⁷³ Auch wir haben die bedingten OP abgelehnt, vgl. § 4 II 3.

Die Versicherungspolice hat demzufolge für den die Sache besitzenden Berechtigten einen nicht nur bedingten Wert, denn sie gibt ihm Gewähr, dass er auch durch einen unglücklichen Zufall nicht zu Schaden komme. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Schaden tatsächlich eintritt oder nicht. Ebensowenig Wichtigkeit ist der Tatsache beizumessen, dass der Wert, den die Transportversicherungspolice verkörpert, nicht in Ziffern ausgedrückt werden kann.

3. Der Grossteil der Doktrin⁷⁴ begründet jedoch die Ablehnung des WP-Charakters der Transportversicherungspolice damit, dass Natur und Zweckbestimmung des Versicherungsanspruches den Eintritt der skripturrechtlichen Wirkungen ausschliessen, da der Versicherer auf die von der Technik der Versicherung unzertrennlichen Einwendungen aus dem Vertrag (Verwirkung des Anspruches wegen Unterlassens der Anzeigepflicht oder unrichtiger Angaben etc.) auch bei Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht verzichten könne. Die für OP sonst bezeichnende Einredensbeschränkung fehle, der Indossatar müsse sich daher alle Einreden, die sich aus dem Versicherungsvertrage sowie aus der Person seines Vormannes ergäben, gefallen lassen.

Das Wegfallen der Einredensbeschränkungen aus dem Versicherungsvertrage deutet ebenfalls⁷⁵ darauf hin, dass die Transportversicherungspolice auf keinen Fall zur Gruppe der WP öffentlichen Glaubens gehöre. Hingegen ist damit noch nicht nachgewiesen, dass sie kein NP sei.

Ebensowenig schliesst die Tatsache, dass der gutgläubige Indossatar einer Transportversicherungspolice die Einwendungen, die der Versicherer aus der Person eines Vormannes erhebt, so vor allen Dingen auch die Erklärung, die Versicherung sei infolge Nichtzahlung der Prämie noch nicht in Kraft getreten⁷⁶, sich gefallen lassen muss, eine eventuelle Zugehörigkeit zur Gruppe der NP aus.

4. Schliesslich ist Art. 48 Abs. 2 A. B. V. T. 1940 zu beachten, wonach der Versicherer entweder an den Versicherungsnehmer oder an den Inhaber der Police rechtsgültige Zahlung leisten könne, solange kein dritter Bezugsberechtigter den Anspruch gegen ihn geltend gemacht habe. Diese Vorschrift weist darauf hin, dass der Versicherer unter Umständen auch

⁷⁴ So Wieland, S. 20; Meier, S. 63; Koenig, S. 65; Roelli, S. 165 (Anm. 6 zu Art. 11 VVG).

⁷⁵ Vgl. Ziff. II 1 dieses Praragraphen.

⁷⁶ Art. 31 Abs. 3 A. B. V. T. 1940: «Die Versicherung tritt erst nach Zahlung der Prämie und der Nebengebühren in Kraft, selbst wenn die Police vorher ausgehändigt wurde.»

ohne gleichzeitige Entgegennahme der Police mit befreiender Wirkung zahlen könne⁷⁷. Erst dadurch ist der Nachweis erbracht, dass die Transportversicherungspolice nicht WP sein kann, da die Voraussetzungen der Legaldefinition (Art. 965 OR) nicht erfüllt sind.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Transportversicherungspolice weder WP öffentlichen Glaubens noch NP sein kann, da die Urkunde für die Geltendmachung der Forderung nicht unbedingt notwendig ist. Die Transportversicherungspolice gehört vielmehr zur Gruppe der Legitimationspapiere⁷⁸.

B) Warenpapiere

§ 22. Der Orderlagerschein*

I. DAS LAGERHAUSWESEN IN DER SCHWEIZ

1. Bedeutung

Die beste Grundlage für einen lebhaften Verkehr mit Orderlagerscheinen bildet ein geordnetes Lagerhauswesen. Es darf daher nicht verwundern, dass auch der Staat am Lagerhauswesen Interesse hat, handelt es sich dabei doch nicht bloss um die Erhaltung unentbehrlicher Wirtschaftsgüter, sondern ebenso sehr um die Förderung sicherer Kreditgrundlagen⁷⁹.

2. Aus der schweizerischen Entwicklungsgeschichte

Das Gesetz von 1881 enthielt wohl einige Bestimmungen über die Warenpapiere, regelte aber das Lagerhausgeschäft überhaupt nicht. Die Erfahrungen der darauffolgenden Jahre zeigten jedoch mit aller Deutlichkeit, dass das Fehlen von Normen für das Lagerhauswesen die Verwendung des Orderlagerscheines praktisch verunmöglichte. Dieser Mangel wurde bei der Revision im Jahre 1911 beseitigt, und das Lagerhausgeschäft wurde in den Art. 482 ff. aOR im Anschluss an den Hinterlegungsvertrag geregelt. Als Vorbild dienten die Normen des DHGB, die schon vorher bei auftauchenden Schwierigkeiten zu Hilfe genommen worden waren⁸⁰.

⁷⁷ Gleicher Meinung Jaeggi, N. 293.

⁷⁸ Der von Roelli, S. 167, geprägte Begriff eines unvollkommenen OP ist wertlos, da sich dieses Papier in nichts von einem Legitimationspapier unterscheidet.

* Vgl. vor allem: H. Meier: Die Lagerwertpapiere nach schweiz. Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Basler Diss. 1941 (Masch. Schrift).

⁷⁹ Vgl. Gierke, S. 485.

⁸⁰ Vgl. Lüthi, S. 21.

3. Pflichten des Lagerhalters

Er ist zur Aufbewahrung der Güter verpflichtet, wie ein Kommissionär (Art. 483 Abs. 1 OR) ⁸¹. Bei Veränderungen der Ware hat er dem Einlagerer Mitteilung zu erstatten. Zur Instandhaltung der Ware ist er hingegen nicht verpflichtet, zur Versicherung derselben nur auf besondern Antrag ⁸². Er hat das Gut gleich einem Aufbewahrer ⁸³ zurückzugeben, ist aber an die vertragsmässige Dauer der Aufbewahrung auch dann gebunden, wenn infolge unvorhergesehener Umstände ein gewöhnlicher Aufbewahrer vor Ablauf der festgelegten Zeit zur Rückgabe berechtigt wäre (Art. 486 Abs. 1 OR).

4. Rechte des Lagerhalters

Er hat Anspruch auf das verabredete oder übliche Lagergeld, sowie auf Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen für das Gut, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte (Fracht, Zölle, usw.) ⁸⁴. Ebenso sind ihm die Schäden zu ersetzen, die ihm durch die Beschaffenheit des Gutes erstanden sind.

Art. 485 Abs. 3 OR gewährt ihm für alle diese Forderungen an dem Gute ein Retentionsrecht.

5. Die einlagerungsfähigen Güter

Es können nur lagerbare Güter eingelagert werden; dies sind bewegliche Sachen, die eine grössere Ausdehnung besitzen, sodass für ihre Aufbewahrung Lagerräume (Speicher, Plätze) nötig sind ⁸⁵.

6. Arten der Einlagerung

a) Einzel- oder Sonderlagerung: Sofern nichts anderes vereinbar ist, werden die Güter wie beim gewöhnlichen Verwahrungsvertrag hinterlegt und vom Lagerhalter gesondert aufbewahrt.

b) Sammellagerung: Mit ausdrücklicher Genehmigung der Einlagerer kann der Lagerhalter gleiche vertretbare Sachen (z. B. Oel, Getreide, Petroleum) miteinander vermischen, wobei die verschiedenen Hinterleger Miteigentümer werden.

⁸¹ Für den Kommissionär vgl. Art. 426/27 OR.

⁸² Ebenso Gierke, S. 487.

⁸³ Vgl. Art. 475/77 OR.

⁸⁴ Vgl. Art. 485 Abs. 1 OR.

⁸⁵ Gierke, S. 485.

c) Summenlagerung: Bei dieser Lagerart geht das Eigentum an der Ware an den Lagerhalter über. Er ist nur obligatorisch zur Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Qualität verpflichtet ⁸⁶.

II. DIE DEM ORDERLAGERSCHEIN ZUKOMMENDE AUFGABE

Der Lagerhalter kann unter bestimmten Voraussetzungen für die sich bei ihm in Einzel- oder Sammel Lagerung ⁸⁷ befindliche Ware einen an Order gestellten Lagerschein herausgeben, der die Ware in jeder Beziehung vertritt. Dieser Lagerschein dient zwei wirtschaftlichen Zwecken ⁸⁸:

In erster Linie gestattet er dem Einlagerer, die Lagerware ohne tatsächliche Tradition zu übereignen und auf diese Weise Transport- und Verpackungskosten zu sparen. Der die Ware vertretende Schein überträgt Besitz und Eigentum an derselben, was ihre Entmaterialisierung und Mobilisierung mit sich bringt.

Der Orderschein ist jedoch nicht nur Verkaufspapier, sondern auch Kreditinstrument ⁸⁹. Durch die Verkörperung der Ware im Schein wurde die Möglichkeit geschaffen, durch bloße Uebergabe des Scheines die sich im Lagerhaus befindende Ware ohne Ortsveränderung zu verpfänden. Der auf diese Weise erschlossene Realkredit ist bedeutend billiger als der Personalkredit, da an Stelle eines Menschen, dessen Zahlungsfähigkeit nie ganz genau zum voraus bestimmt werden kann, die einen relativ sichern Wert darstellende Ware für die Pfandsomme haftet. Freilich darf nicht ausser acht gelassen werden, dass mit Hilfe des Lagerscheines eine doppelte Kreditnahme durchaus möglich ist, indem der Käufer einen Wechsel des Verkäufers akzeptiert, die Ware einlagert und durch Verpfändung des sie betreffenden Orderlagerscheines einen zweiten Kreditgeber findet ⁹⁰.

⁸⁶ Vgl. Trachsel, S. 84.

⁸⁷ Summenlagerung hingegen ist ausgeschlossen, da der Einlagerer nur noch einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Lagerhalter hat.

⁸⁸ Ebenso Voegeli, S. I.

⁸⁹ Vgl. Kaufmann, S. 6.

⁹⁰ Gleicher Ansicht Bruegelmann, S. 11.

III. DIE AUSGESTALTUNG DES ORDERLAGERSCHEINS IM SCHWEIZERISCHEN RECHT

A) Allgemeines

1. Historische Entwicklung⁹¹

In seinem Entwurfe eines schweizerischen Handelsgesetzbuches von 1864 widmete Munzinger mehrere Artikel dem Lagerschein. Er lehnte sich dabei an das französische Gesetz von 1858 und an das Basler Warrantgesetz von 1864 an. Bundesrechtlich erfuhr das Lagerscheinwesen durch das OR von 1881 eine teilweise Regelung, die eindeutig durch das DHG beeinflusst worden war. Die wenigen Bestimmungen schafften kaum die für die Existenz des Lagerscheinwesens unerlässlichen Vorbedingungen. Immerhin wurde der Uebergabe der Urkunde bereits dingliche Wirkung zuerkannt⁹².

2. Begriff

Der Lagerschein enthält ein Empfangsbekenntnis und eine Rückgabeverpflichtung des Lagerhalters hinsichtlich der von ihm zur Aufbewahrung übernommenen Güter⁹³. Er ist zugleich Träger des dinglichen Rechts an der Ware.

3. Die zur Ausstellung notwendige Konzession

Im Bestreben, die Sicherheit des Lagerscheins zu erhöhen, bestimmte der Gesetzgeber in Art. 482 Abs. 1 OR, dass ein Lagerhalter, der sich öffentlich zur Aufbewahrung von Waren anbiete, von den zuständigen Behörden die Bewilligung erwirken könne, für die gelagerten Güter Warenpapiere auszugeben. Diese Norm wird durch Art. 1155 Abs. 2 OR ergänzt, wonach Scheine, die von Lagerhaltern ausgegeben werden, die nicht im Besitz der vom Gesetz verlangten Bewilligung seien, dennoch als WP zu anerkennen seien, wenn sie den gesetzlichen Formvorschriften entsprächen, dass ihre Aussteller jedoch einer von der zuständigen kantonalen Behörde zu verhängenden Ordnungsbusse bis zu Fr. 1000.— unterlägen. Die Konzession, die ohne Begründung verweigert werden kann⁹⁴, wird in der

⁹¹ Ueber die historische Entwicklung des Lagerscheinwesens im allgemeinen, vgl. Levy, S. 253 ff.

⁹² Vgl. dazu auch Kaufmann, S. 39.

⁹³ Vgl. dazu Düringer-Hachenburg, S. 860 (Anm. 26 zu § 363); Trachsel, S. 83; H. Meier, S. 45 ff.

⁹⁴ Also eine wirkliche Konzession und keine blosse Polizeierlaubnis ist.

Praxis stets auch von der Bezahlung einer recht beträchtlichen Kautions abhängig gemacht. Im Kanton Zürich ist für ihre Erteilung gemäss Einführungsgesetz zum ZGB Art. 44 Ziff. 13 der Gesamtratsrat zuständig.

4. Die beiden Lagerscheinsysteme

In England, Deutschland und andern Ländern dient eine Urkunde zur Eigentumsübertragung und Verpfändung. Man spricht in diesem Falle vom *Einscheinsystem*⁹⁵. Werden dagegen zwei Scheine ausgestellt, von denen der eine Eigentum und der andere das Pfandrecht an der eingelagerten Ware verbrieft, so liegt ein *Zweischeinsystem* vor, das von der französischen Jurisprudenz entwickelt wurde. Der zur Verpfändung bestimmte Schein trägt den Namen « *Warrant* »⁹⁶.

Der schweizerische Gesetzgeber steht grundsätzlich auf dem Boden des *Einscheinsystems*, doch wird durch Art. 902 Abs. 2 ZGB dem Wareneigentümer freigestellt, welches der beiden Systeme er wählen will.

B) Das *Einscheinsystem*⁹⁷

Soll bei diesem System die Ware nur verpfändet werden, so geschieht das durch Uebertragung des Scheines vermittelst offenem oder stillem Pfandindossament. Der Eigentümer der Ware ist jedoch nach der Verpfändung jeglicher Möglichkeit beraubt, über die Güter zu verfügen. Will er die Güter verkaufen, muss er zuerst die Pfandsumme bezahlen, um wieder in den Besitz des Lagerscheines zu kommen.

B) Das *Zweischeinsystem*⁹⁸

Es beruht auf der Ausstellung von zwei Titeln, welche vom Lagerhalter gleichzeitig dem Einlagerer ausgehändigt werden, und bei denen der eine ausdrücklich als Pfandschein oder *Warrant* bezeichnet sein muss (Art. 1154 Abs. 1 OR). Soll die Ware nur verpfändet werden, wird der *Warrant* übertragen, wobei auf dem andern Lagerschein die Verpfändung mit Forderungsbetrag und Verfalltag eingetragen werden muss (Art. 902 Abs. 2 ZGB; Art. 1154 Abs. 2 OR). Die Nichteintragung der Pfandforderung hat zur Folge, dass das Pfandrecht gegenüber einem gutgläubigen Dritt-

⁹⁵ Vgl. auch Voegeli, S. 1.

⁹⁶ Ebenso Voegeli, S. 2.

⁹⁷ Vgl. Oftinger, N 21—27 zu Art. 902 ZGB.

⁹⁸ Vgl. vor allem Oftinger, N 28—31 zu Art. 902 ZGB.

erwerber des Lagerscheines nicht geltend gemacht werden kann. Derselbe erwirbt lastenfreies Eigentum an der eingelagerten Ware⁹⁹. Mit Hilfe des in seinen Händen verbleibenden Lagerscheins kann der Wareneigentümer das belastete Eigentum weiterübertragen. Er hat also auch nach der Verpfändung noch die Möglichkeit, seine ihm weiterhin zustehenden Rechte an den Gütern zu veräußern. Er kann jedoch die Ware selbst nicht herausverlangen, da er dazu im Besitze des Lagerscheins und des Warrants sein müsste. Erst nach erfolgter Rückzahlung der Pfandschuld und Rückgabe des Pfandscheins kann er frei über die Ware verfügen¹⁰⁰.

Ein auf Grund des Gesetzes aufgestellter Warrant ist aber nur ein sachenrechtliches und kein obligationenrechtliches WP¹⁰¹. Er verkörpert nur das Pfandrecht an der Ware, nicht auch die Forderung gegenüber dem Verpfänder, für die das Pfandrecht bestellt worden ist. Um zu verhindern, dass bei Weiterübertragung des Warrants infolge Fehlens einer Hauptforderung auch das Pfandrecht¹⁰² dahinfällt, muss auf dem Pfandschein selbst die Pfandsumme, der Pfandzins und der Verfalltag erwähnt sein¹⁰³. Dieses zusätzliche Formerfordernis muss unbedingt erfüllt sein, wenn das Zweisheinsystem zur Zufriedenheit aller Beteiligten funktionieren soll.

IV. DIE TATSÄCHLICHE WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DES ORDERLAGERSCHEINS

Auf Grund unserer Umfrage müssen wir feststellen, dass die Lagerscheine von der Praxis nicht verwendet werden¹⁰⁴. Beinahe alle Lagerhäuser lehnen es auf das Entschiedenste ab Lagerscheine auszustellen. Die Nichtverwendung der Lagerscheine beruht zum kleinsten Teil auf Mängeln im Gesetz, zur Hauptsache liegen ihr wirtschaftliche Tatsachen zugrunde.

1. Mängel des Gesetzes

Von der Doktrin¹⁰⁵ wird immer wieder darauf hingewiesen, dass dem Lagerscheinwesen ein einheitlicher Aufbau ermangle. An nicht weniger als vier Stellen in zwei verschiedenen Gesetzen (Art. 902 und 925 ZGB; Art. 482 und 1153 ff. OR) ist von den Warenpapieren die Rede. Dieses

⁹⁹ Gleicher Meinung H. Meier, S. 136.

¹⁰⁰ Vgl. auch Voegeli, S. 3.

¹⁰¹ Ebenso Voegeli, S. 7; Oftinger, N 31 zu Art. 902 ZGB.

¹⁰² Das ein akzessorisches Recht darstellt.

¹⁰³ Im Ergebnis gleich Kaufmann, S. 88; H. Meier, S. 137; Voegeli, S. 9.

¹⁰⁴ Wir fanden auf dem Platze Zürich nur einen an Order gestellten Lagerschein.

¹⁰⁵ Anstatt vieler Voegeli, S. 6.

Argument büsst allerdings beträchtlich an Wert ein, wenn man bedenkt, dass dieser Einwand auch für das Konnossement Geltung hat, ohne dessen praktische Verbreitung im geringsten zu beeinträchtigen.

Ein weiterer Nachteil des geltenden schweizerischen Rechtes ist die Verbindung der beiden Lagerscheinsysteme, da die Uebersichtlichkeit und Klarheit des Lagerscheinrechts darunter leidet.

Schliesslich verzichten viele Lagerhalter auf die Erlangung der Konzession für die Ausstellung von Warenpapieren, da ihnen der Weg und die Art des Gesuches zu beschwerlich ist, und weil die zu erlegende Kautions in keinem Verhältnis zum Umfange des zu erwartenden Geschäftes steht ¹⁰⁶.

2. Die in der Praxis bestehenden Hindernisse

Da die Schweiz nicht Umschlagplatz von im besonders hohen Masse für den Lagerscheinverkehr geeigneten fungiblen und wenig verderblichen Massengütern des Welthandels ist, sondern in erster Linie als Konsument auftritt, sind die Voraussetzungen für die Verwendung von Lagerscheinen keineswegs besonders günstig. Lagerscheine werden nur an den Plätzen zum wirklichen Bedürfnis, die ökonomisch die Rolle eines Warenreservoirs und Warenvertailers spielen (z. B. Hafenstädte).

Dazu kommt das tiefe Misstrauen der Lagerhalter gegenüber den Warenpapieren. Ferner darf nicht ausser acht gelassen werden, dass die Ueber-eignung der Ware durch Umschreibung der Güter auf den Namen des neuen Eigentümers für eine ein- oder zweimalige Uebertragung völlig ausreicht. Die Verpfändung der Ware schliesslich geschieht mit Hilfe der Lombardierung der Güter ¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Vgl. dazu Lüthi, S. 32.

¹⁰⁷ Vgl. Trachsel, S. 93 ff.

§ 23. Das an Order gestellte Konnossement*

I. BEGRIFF

Das Orderkonnossement ist eine Urkunde, in der der Kapitän, der Reeder oder ein Agent des Letztern bekundet, bestimmte Güter vom Ablader empfangen zu haben, und sich verpflichtet, dieselben nach durchgeführtem Transport gegen Rückgabe des Papieres dem darin bezeichneten Empfänger oder dessen Order zu übergeben¹⁰⁸. Das Konnossement enthält demzufolge ein Schuldanerkenntnis und ein Schuldversprechen, wozu noch die ihm eigene dingliche Wirkung tritt¹⁰⁹.

Das Konnossement bildet die Bestätigung eines abgeschlossenen Stückgutvertrages. Der Stückgutvertrag, in dem sich der Schiffer verpflichtet, den Transport einer gewissen Sache an einen bestimmten Ort zu übernehmen, ist heute der praktisch wichtigste Seefrachtvertrag¹¹⁰. Der moderne Linienverkehr mit seinem ständig grösser werdenden Angebot an Frachtraum hat den Chartervertrag¹¹¹ in seinen mannigfachen Formen (z. B. Voll-, Raum-, Zeit-, Teilcharter) in den Hintergrund gedrängt.

Das Konnossement wird im allgemeinen in zwei- oder dreifacher Ausführung ausgegeben¹¹². Jedes dieser Exemplare gilt als Original, gegen dessen Einreichung Erfüllung erlangt werden kann. Damit wird dem Berechtigten ein Amortisationsverfahren erspart, falls eine Urkunde verloren gehen sollte. Die Erfüllung eines vorgewiesenen Konnossementes lässt die andern Exemplare gegenstandslos werden¹¹³. Bei einer Verpfändung der den Inhalt eines Konnossementes bildende Ware muss jedoch der ganze Konnossementssatz in die Hände des Pfandgläubigers gelangen, da bereits das Fehlen einer Urkunde das Prinzip der ausschliesslichen Verfügungsberechtigung über die gepfändete Ware durchbrechen würde.

Neben den Originalkonnossementen werden sehr oft zu internen technischen Zwecken sogenannte «not negotiable copies» erstellt; das sind Kopien, denen jede WP-Qualität abgeht.

* Vgl. vor allem: E. Häslü: Das Konnossement, Arten und Funktionen, Basler Diss. 1943 (Masch. Schrift).

G. Ripert: Droit maritime, Paris 1929 und 1930.

Prof. Dr. H. Wüstendorfer: Neuzeitliches Seehandelsrecht, Tübingen 1950.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Düringer-Hachenburg, S. 859; Trachsel, S. 61.

¹⁰⁹ Vgl. § 18 V.

¹¹⁰ Vgl. Haab, S. 172.

¹¹¹ Begriffsumschreibung bei Kurth, S. 69.

¹¹² Vgl. Harris, S. 1.

¹¹³ So Trachsel, S. 67.

Aeusserlich besteht das Konnossement aus Präambel, Transportbedingungen und Schlussformel¹¹⁴.

Die Präambel enthält die Empfangsbestätigung für die zu transportierenden Güter. Sie ist der wichtigste Teil des ganzen Konnossementes, da darin die Beschreibung des Gutes, die Namen des Schiffers, Verladers, Empfängers, des Verschiffungshafen, des Bestimmungshafen, sowie eventuell des Schiffes angegeben wird.

Die Transportbedingungen sind meistens gedruckt, eventuelle Abänderungen derselben werden von Hand oder mit Schreibmaschine dazugeschrieben.

Die Schlussformel ihrerseits gibt Auskunft über Ort und Datum der Ausstellung, die Anzahl der angefertigten Originalurkunden, und wird vom Kapitän, dem Reeder oder dessen Agenten unterzeichnet.

II. GESCHICHTLICHER ÜBERBLICK¹¹⁵

1. Die Entwicklung des Konnossementes

Das Konnossement ist das Ergebnis einer in Italien beginnenden, jahrhundertealten Entwicklung¹¹⁶. Die erste Form des Konnossementes bildeten die Auszüge aus dem Bordregister, die die Kaufleute vom Schiffsschreiber, welcher als Notar galt und nicht Vertreter des Kapitäns war, erhalten konnten. Diese Abschriften galten als öffentliche Urkunden. Diesen Auszügen folgten die Marseiller Urkunden des 13. Jahrhunderts, die sogenannten Kapitänspapiere. Dies sind beglaubigte Erklärungen des Schiffers, die den Empfang der Ware bestätigen und zugleich das Versprechen enthalten, die Güter nach erfolgtem Transport dem Empfänger auszuliefern. Bereits sind in diesen Urkunden Bedingungen über die Haftung des Seefrachtführers sowie Angaben über den Frachtlohn zu finden. Die seitherige Entwicklung hat die Stellung des Schiffers, der zu Beginn wie ein Landfrachtführer haftete, durch ausserordentlich einschränkende Haftungsklauseln gegenüber dem Wareneigentümer verstärkt und erst im 20. Jahrhundert konnte hier ein für alle Beteiligten tragbarer Ausgleich geschaffen werden.

Noch um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts war der Seeverkehr auf den Transport hochwertiger Waren eingestellt, während heute die

¹¹⁴ Vgl. Harris, S. 8.

¹¹⁵ Vgl. vor allem Häsli, S. 23 ff. und dort Zitierte.

¹¹⁶ Kurth, S. 32.

Massengüter dominieren¹¹⁷. Die riesige Entwicklung, die die Technik in den vergangenen hundert Jahren durchlaufen ist, liessen den Seeverkehr in einer unvorstellbaren Weise anschwellen und brachte zugleich eine Verbreitung des Konnossementes mit sich, die diese Urkunde zum wichtigsten international verwendeten WP neben Wechsel und Check werden liessen.

2. Die internationalen Bestrebungen zur Vereinheitlichung der Seefrachtrechtsnormen¹¹⁸

Das beinahe ausschliesslich dem internationalen Verkehr dienende Seefrachtrecht schien im hohen Masse geeignet, Gegenstand einer internationalen Konvention zu werden. Schon ca. 1880 setzten daher Bestrebungen zur Vereinheitlichung dieses Rechtes ein, die vor allem von der «International Law Association», die 1873 in Brüssel gegründet worden war, und den 1897 am selben Ort entstandenen «Comité Maritime International» tatkräftig gefördert wurden. Eine derartige Konvention sollte zugleich einen intensiveren Schutz der Verlader gegenüber den Reedern stipulieren, und, im Zusammenhang damit, zu einer im öffentlichen Interesse gelegenen sorgfältigern Behandlung der Ladung führen. Schon seit Jahrzehnten war nämlich im Seefrachtgeschäft von einem individuellen Vertragsabschluss nicht mehr die Rede. Im Rechtsleben waren die von den Reedereivereinigungen aufgestellten Konnossementsbedingungen allein massgebend, welche das Haftungsverhältnis in einer für das binnenländische Rechtsempfinden nicht fassbaren Art und Weise zugunsten des Frachtführers gestalteten¹¹⁹. Mit Hilfe von umfassenden Freizeichnungsklauseln¹²⁰ wurde die Haftung der Reeder auf ein Minimum beschränkt, ohne dass die Verlader, die nun praktisch das gesamte Transportrisiko zu tragen hatten, sich gegen die gut organisierten Reedereivereinigungen wirksam zur Wehr setzen konnten.

Die Reaktion gegen diese Konnossementsbedingungen fand ihren ersten gesetzlichen Niederschlag in den USA im «Harter Act» vom 13. Februar 1893. Dieses Gesetz ist kraft zwingenden Rechtes für alle Transporte zwischen amerikanischen und ausländischen Häfen anwendbar und schränkt die Freizeichnungsklauseln der Reeder empfindlich ein. So ist dem Reeder

¹¹⁷ Haab, S. 131.

¹¹⁸ Vgl. auch Kurth, S. 36 ff.

¹¹⁹ So Haag, S. 172; vgl. auch Stevens, S. 28.

¹²⁰ Dazu Ripert, Bd. 2, S. 760.

eine Wegbedingung der Haftung für kommerzielles Verschulden (Sorge für genügende Ausrüstung und Seetüchtigkeit des Schiffes, sowie Behandlung der Ladung) gemäss dieser Normen verwehrt ¹²¹.

Auf der Basis des Harter Act beruhten die von der «International Law Association» auf den Haager Tagungen 1921/22 aufgestellten sogenannten Haager Regeln (Hague Rules) betreffend der Konnossemente. Diese Haager Regeln dienten als Grundlage für die 1922 in Brüssel tagende diplomatische Seerechtskonferenz, deren Arbeiten zum Brüsseler Uebereinkommen vom 25. August 1924 ¹²² (abgekürzt H. R.) führten. Folgende Staaten, die in jenem Moment etwa über zwei Drittel des Welttonnenraums verfügten, unterzeichneten dieses Uebereinkommen ¹²³: Deutschland, Belgien, Spanien, USA, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Japan, Polen, Danzig, Rumänien.

3. Die Entstehung des schweizerischen Seerechtes

Bald nach Beginn des II. Weltkrieges verschlimmerte sich die Transportlage für Schweiz dergestalt, dass sich der Bundesrat genötigt sah, die im Interesse der Sicherung der Landesversorgung und der Aufrechterhaltung des Exportes notwendigen Transporte nicht mehr ausschliesslich mit gecharterten fremden Schiffen durchzuführen, sondern eine Seeschifffahrt unter Schweizerflagge ins Leben zu rufen ¹²⁴. In wenigen Wochen wurde mit Hilfe der von Prof. Haab (Basel) geschaffenen Grundlagen durch den «Bundesratsbeschluss über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge vom 9. April 1941» ¹²⁵ eine Notlösung getroffen. Es erwies sich dabei als unmöglich, einfach eine vollständige ausländische Seerechtsordnung zu übernehmen. Ebenso wenig konnte in der zur Verfügung stehenden kurzen Zeit ein eigenes, allumfassendes Seerecht geschaffen werden. Das erstrebte Ziel war eine einfache Regelung, welche trotzdem alles vorkehrt, was zur Durchführung des Schifffahrtsbetriebes und zur Vermeidung von Konflikten mit andern seefahrenden Staaten nötig ist. Art. 49 dieses Bundesratsbeschlusses hat das Brüsseler Uebereinkommen zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über das Konnossement für die Schweiz als

¹²¹ Im gleichen Sinne Haab, S. 173.

¹²² Eine auszugsweise Darstellung dieser Konvention wird in IV dieses Paragraphen vermittelt werden.

Deutsche Uebersetzung der Konvention in AS 57, S. 475.

¹²³ Vgl. Ripert, Bd. 2, S. 780.

¹²⁴ Haab, S. 124.

¹²⁵ AS 57, S. 373 ff. Dazu Botschaft des Bundesrates in BBl 1941 I S. 374 ff.

geltendes positives Recht erklärt, obschon die Schweiz diesem Abkommen niemals beigetreten ist¹²⁶. In bezug auf die Seefrachtverträge, die dem Abkommen nicht unterstehen (Charterverträge) wird in Art. 43 des zitierten Bundesratsbeschlusses bestimmt, «dass für das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf schweizerischen Seeschiffen die Vorschriften des OR über den Frachtverkehr gelten, und, soweit dieses schweigt oder in Anbetracht der besondern Verhältnisse des Seeverkehrs nicht angewendet werden kann, die allgemeinen Grundsätze des Seetransportrechtes».

Nach Beendigung des II. Weltkrieges stellte sich die Frage, ob die Schweiz ihre Handelsflotte beibehalten wolle oder nicht. Die recht angespannte politische Lage sowie die Schwierigkeit, bei erneuten internationalen Verwicklungen die notwendigen Schiffe zu einem einigermaßen angemessenen Preise zu kaufen, liessen es als wünschenswert erscheinen, weiterhin eine seefahrende Nation zu bleiben. Es erwies sich jedoch als notwendig, die gesetzlichen Grundlagen auszuarbeiten und teilweise den gemachten Erfahrungen anzupassen. Daher überreichte der Bundesrat der Bundesversammlung mit Botschaft vom 22. Februar 1952 einen Entwurf eines Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge¹²⁷. Dieser Entwurf wurde vom Nationalrat in der Herbstsession 1952 und vom Ständerat in der Frühjahrssession 1953 behandelt, während in der Sommer- und Herbstsession 1953 in beiden Räten die Differenzenbereinigung abgeschlossen werden konnte. Das Gesetz ist jedoch noch nicht in Kraft getreten¹²⁸.

III. DIE VERSCHIEDENEN KONNOSSEMENTSARTEN¹²⁹

1. Das Ablade- oder Bordkonnossement (*shipped bill of lading*)

Als klassische Form des Konnossementes ist das Ablade- oder Bordkonnossement auch heute noch das wichtigste und häufigste der verschiedenen Konnossementstypen. In ihm vermerkt der Kapitän, der Reeder oder ein Agent des Reeders, dass ein mit dem Namen genanntes Schiff bestimmte Güter zum Transport übernommen habe. Diese Urkunde kann erst ausgestellt werden, wenn die Ware sich bereits an Bord des Schiffes befindet.

¹²⁶ Vgl. Kurth, S. 59 ff.

¹²⁷ Vgl. BBl 1952 I S. 253 ff.

¹²⁸ Stand am 1. Oktober 1953.

¹²⁹ Vgl. Kurth, S. 20 ff.

2. Das Uebernahmekonnossement (*mate's receipt oder bill for shipment*)

Der starke Ausbau des Linienverkehrs im 19. Jahrhundert liess diesen Konnossementstypus entstehen, da die Reeder oftmals erst im letzten Moment entscheiden konnten, mit welchem Schiff die Ware transportiert werden sollte, und da dieses Konnossement den toten Punkt in der Begebarkeit der Güter zwischen Auslieferung und Verschiffung der Güter ausschaltete¹³⁰.

Das Uebernahmekonnossement wird vor dem Verlad der Güter auf ein Schiff ausgestellt und bestätigt lediglich, dass die Ware vom Reeder zur Beförderung übernommen worden sei¹³¹. Nach der Verschiffung der Güter kann das Uebernahmekonnossement durch Anfügen des Schiffsnamens und des Verladedatums in ein Abladekonnossement verwandelt werden.

Das Uebernahmekonnossement vermag nicht die gleiche Sicherheit zu bieten wie das Abladekonnossement und seine WP-Natur war lange Zeit überhaupt bestritten. Immerhin scheint das Brüsseler Abkommen in Art. 3 § 3 Abs. 1 H. R. das Uebernahmekonnossement für zulässig erklärt zu haben. Erfüllt es die Formvorschriften des Art. 1153 OR, so besitzt es unseres Erachtens die Eigenschaften eines dinglichen WP. Die meisten ausländischen Rechtsordnungen haben denn auch das Uebernahmekonnossement als gleichwertigen Konnossementstypus anerkannt, so England, USA, Italien, Frankreich, Holland, Deutschland. Die Begebung des Papieres stösst jedoch trotzdem oft auf Schwierigkeiten, da sich speziell die Banken im Akkreditivverkehr vielfach weigern, Uebernahmekonnossemente von ihnen unbekannten Reedern entgegenzunehmen¹³².

3. Das Durchkonnossement (*through bill of lading*)¹³³

Das Durchkonnossement wird vom Reeder oder dessen Agenten, niemals aber von einem Kapitän, auf Grund eines Durchfahrtvertrages aufgestellt und vertritt die Ware während der ganzen Reise, vom Sitz des Produzenten bis zum Wohnort des Käufers. Die Vorteile eines derartigen Papieres liegen auf der Hand, erhält doch der Käufer ein die Ware während der gesamten Dauer des Transportes mit konstanter dinglicher Kraft vertretendes Dokument.

¹³⁰ Vgl. dazu C. R. Prölss: Das Uebernahmekonnossement unter Berücksichtigung der Andienung im Abladegeschäft, Hamburger Diss. 1930.

¹³¹ Zum Unterschied zwischen Bord- und Uebernahmekonnossement vgl. Art. 3 § 7 H. G.

¹³² Vgl. dazu Obrist, S. 65 ff.

¹³³ Vgl. Trachsel, S. 63 ff.

Trotz dieser unbestrittenen Vorzüge wird das Durchkonnossement noch keineswegs einheitlich anerkannt, und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen gehören zu den umstrittensten und zweifelhaftesten des Seerechtes überhaupt¹³⁴. Die Hauptschwierigkeit des Durchkonnossementes besteht in einem Auseinanderfallen von Schuld und Haftung. Die Konnossementsschuld, die Beförderungs- und Auslieferungspflicht, wird vom Konnossementsaussteller, im allgemeinen dem Versandreeder als Hauptfrachtführer, übernommen. Zur Erfüllung seiner Aufgabe bedient er sich aber verschiedener Unterfrachtführer, die wohl zu ihm in Rechtsbeziehungen treten, aber ausserhalb des Durchkonnossementes bleiben. Der Hauptfrachtführer wird sich nun immer von jeglicher Haftung ausser für seine eigene Transportstrecke freizeichen und dem Konnossementsberechtigten als Ersatz seine (des Hauptfrachtführers) Ansprüche gegen die Unterfrachtführer abtreten. Auf diese Weise wird die Konnossementsschuld von der Haftung für Verlust und Schaden getrennt, was die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zum mindesten erschwert.

Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Transport auch Bahnfracht umfasst. Hier gilt dann teilweise Seerecht, teilweise Landrecht¹³⁵, obwohl das Durchkonnossement auch für die Landfrachtpartie seine dingliche Wirkung beibehält.

Obschon im Brüsseler Uebereinkommen besondere Normen für das Durchkonnossement fehlen, so wird es doch als Warenpapier anerkannt, wofür seine Gleichstellung mit Bord- und Uebernahmekonnossement im Akkreditivverkehr zeugt¹³⁶.

4. *Die delivery-order*¹³⁷

Dieses Papier spielt eine gewisse Rolle bei der Verteilung einer grössern Warensendung, bei der nur ein Konnossement ausgestellt wurde, unter verschiedene Käufer. Der das Konnossement erhaltende Agent des Reeders stellt den verschiedenen Käufern nach Massgabe ihres Kaufvertrages eine nicht akzeptierte Anweisung aus, worin der Kapitän des die Ware transportierenden Schiffes aufgefördert wird, die angegebene Warenmenge dem

¹³⁴ So M. Pappenheim: Handbuch des Seerechts, Bd. 3, München-Leipzig 1918, S. 383.

¹³⁵ Gleicher Meinung Kurth, S. 26; Trachsel, S. 65; anderer Meinung das deutsche Reichsgericht in «Entscheidungen des Reichsgerichtes», Bd. 65, S. 346.»

¹³⁶ Vgl. Art. 19 d der einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive.

¹³⁷ Vgl. Lyon-Caen et Renault, Bd. 5, S. 643.

in der Urkunde Genannten herauszugeben. Diese Anweisung wird *delivery-order* genannt. Sie erspart ein zweimaliges Umladen der ankommenden Güter, da der Agent die Ware nicht zuerst übernehmen muss, um sie nachher den Käufern zukommen zu lassen. Trotzdem diese Urkunde kein WP ist, wechselt sie sehr oft ein oder mehrere Male ihren Besitzer, falls der sie ausstellende Reederagent das Vertrauen der übrigen Kaufleute genießt.

IV. DIE HEUTE NOCH GELTENDE REGELUNG DES KONNOSSEMENTES IN DER SCHWEIZ

Der heute noch Geltung beanspruchende Bundesratsbeschluss vom 9. April 1941 erklärt in Art. 49, dass auf die Konnossemente die Bestimmungen des Internationalen Uebereinkommens vom 25. August 1924 zur einheitlichen Feststellung von Regeln über Konnossemente Anwendung finde¹³⁸. Diese internationale Konvention hat Anwendungsgebiet, formelle und materielle Ausgestaltung des Konnossementes wie folgt geregelt:

1. Anwendungsgebiet

Das Brüsseler Uebereinkommen findet nur Anwendung auf Frachtverträge des Stückgüterverkehrs¹³⁹, sofern ein Konnossement gezeichnet wurde¹⁴⁰. Das Abkommen gilt jedoch nicht für den Transport von lebenden Tieren und für im Frachtvertrag als Deckladung bezeichnete und tatsächlich so beförderte Ware¹⁴¹. Die Konventionsregeln greifen nur Platz vom Beginn des Einladens der Güter ins Schiff bis zur Beendigung ihres Ausladens^{142, 143}.

2. Formelle Ausgestaltung des Konnossementes

Die wenigen Bestimmungen, die das Brüsseler Uebereinkommen der formellen Ausgestaltung des Konnossements gewidmet hat, genügen nicht, um eine Urkunde eindeutig zum WP zu stempeln oder ihm gar den Charakter eines Konnossementes zu verleihen. Diese Erfordernisse sind unglücklicherweise nicht international geregelt und bleiben daher den nationalen Rechtsordnungen vorbehalten¹⁴⁴. Die die Warenpapiere betreffenden Formvorschriften des OR sind daher auch für das Konnossement ver-

¹³⁸ Vgl. auch II dieses Paragraphen.

¹³⁹ Art. 1 b H. R.; vgl. auch Wyler-Schmid, S. 47.

¹⁴⁰ Art. 6 Abs. 1 H. R.

¹⁴¹ Art. 1 c H. R.

¹⁴² Art. 1 e H. R.

¹⁴³ Kritik dieser Bestimmung bei Ripert, Bd. 2, S. 345.

¹⁴⁴ Vgl. Kurth, S. 12.

bindlich, obschon in Art. 49 des zitierten Bundesratsbeschlusses keine entsprechende Verweisung zu finden ist.

Art. 1153 OR wird ergänzt durch Art. 3 § 3 H. R., wonach das Konnossement genaue Angaben (Anzahl, Gewicht, Verpackung und deren Merkmale, äusserlich erkennbare Verfassung und Beschaffenheit der Güter) über die zur Versendung gelangende Ware enthalten müsse.

*3. Die Ersetzung der Skripturhaftung durch die einfache Beweisvermutung*¹⁴⁵

Gemäss Art. 3 § 4 H. R. begründet das Konnossement, sofern es nicht einen Zusatz im Sinne von Art. 3 § 3 Abs. 2 H. R. enthält, die Vermutung, dass der Frachtführer die zu transportierenden Güter so empfangen habe, wie sie in der Urkunde beschrieben sind. Die den OP sonst eigene Skripturhaftung wird also durch eine gesetzliche Vermutung ersetzt, was natürlich die Sicherheit des Papiere vermindert, da der Frachtführer die Möglichkeit hat, den Beweis zu erbringen, dass er die Güter nicht so übernommen habe wie im Konnossement festgestellt. Die Bedeutung der Ersetzung der Skripturhaftung durch eine gesetzliche Vermutung ist allerdings in der Praxis nicht zu überschätzen, da es dem Frachtführer in den wenigsten Fällen gelingen wird, den geforderten Beweis zu leisten.

Hat der Kapitän oder Reeder den begründeten Verdacht, die ihm vom Ablader zugekommenen Angaben betreffend der zu transportierenden Güter seien unrichtig, und fehlt ihm die Möglichkeit, seine Vermutung nachzuprüfen, wird er kein «reines Konnossement»¹⁴⁶ (clean bill of lading) ausstellen, sondern durch einen entsprechenden Konnossementszusatz, z. B. «Inhalt unbekannt», seine Haftung ausschliessen. Um betrügerischen Machenschaften zu begegnen, sollte aber verlangt werden, dass der Grund, der zu einer solchen Unbekanntklausel Anlass gegeben hat, ausdrücklich im Konnossement aufgeführt wird¹⁴⁷. Ein «unreines Konnossement» (dirty oder foul bill of lading) kann in den wenigsten Fällen noch als Zirkulationspapier verwendet werden und ist auch geeignet, die Person des Abladers als nicht sehr vertrauenswürdig erscheinen zu lassen. Es kommt daher vor, dass der Letztere dem Frachtführer einen «Garantiebrief» (letter of indemnity) ausstellt, um auf diese Weise eine «clean bill» zu erhalten¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Vgl. Kurth, S. 76 ff; Hartmann, S. 74.

¹⁴⁶ Vgl. Wyler-Schmid, S. 51.

¹⁴⁷ Kurth, S. 80.

¹⁴⁸ Vgl. Wyler-Schmid, S. 51.

Die Beweisvermutung des Art. 3 § 4 H. R. ist zwingendes Recht, da die sich daraus ergebenden Verpflichtungen des Frachtführers im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden können ¹⁴⁹.

4. Die Haftung des Frachtführers ¹⁵⁰

In Art. 3 § 2 H. R. ist der Grundsatz der kommerziellen Haftung des Frachtführers verankert. Er ist verpflichtet, die zu befördernden Güter sachgemäss und sorgfältig einzuladen, zu behandeln, zu stauen, zu verwehren, zu betreuen und auszuladen. Er hat des weitem vor und bei Antritt der Reise die notwendige Sorgfalt anzuwenden, um das Schiff seetüchtig zu machen, es gehörig zu bemannen, auszurüsten, zu verproviantieren und die Lagerräume des Schiffes für die sichere Aufnahme der Güter einzurichten ¹⁵¹. Des weitem haftet der Frachtführer unter allen Umständen für Diebereien und Unterschlagungen, wenn er selbst oder irgendeiner seiner Leute daran beteiligt ist, denn in diesem Falle liegt stets ein Verschulden im Sinne von Art. 4 § 2 lit. q H. R. vor. Aus der gleichen Bestimmung ergibt sich per argumentum a contrario, dass der Frachtführer generell für Verschulden einzutreten hat, sowohl für eigenes wie für dasjenige seiner Hilfskräfte, wobei bei jenen jedoch die Haftung für nautisches Verschulden ¹⁵² und für Feuerschäden ¹⁵³ ausgenommen ist.

Die gesetzlichen Befreiungsgründe sind im Brüsseler Uebereinkommen in sechzehn speziellen Tatbeständen umschrieben ¹⁵⁴. Sie lassen sich jedoch mit Ausnahme der beiden bereits erwähnten Tatbestände ungefähr mit der Umschreibung des Art. 447 OR zusammenfassen, wonach der Frachtführer nicht haftet, wenn er beweist, dass der Verlust oder der Untergang durch die natürliche Beschaffenheit der Güter oder durch ein Verschulden oder eine Anweisung des Absenders oder des Empfängers verursacht worden sei oder auf Umständen beruhe, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten ¹⁵⁵.

Früher beschränkten die Frachtführer ihre Haftung durch Inserierung einer entsprechenden Konnossementsklausel summenmässig sehr oft auf einen ganz geringen Betrag. Das Brüsseler Uebereinkommen hat in Art. 4

¹⁴⁹ So Art. 3 § 8 H. R.

¹⁵⁰ Vgl. vor allem die ausführliche Darstellung bei Hartmann, S. 35 ff.

¹⁵¹ Art. 3 § 1 H. R.

¹⁵² Art. 4 § 2 lit. a H. R.

¹⁵³ Art. 4 § 2 lit. b H. R.

¹⁵⁴ Art. 4 § 2 lit. a—q H. R.

¹⁵⁵ Hartmann, S. 57.

§ 5 Abs. 3 H. R. die Möglichkeiten einer derartigen Haftungsbeschränkung empfindlich eingeengt, wenn es auch umgekehrt in Abs. 1 der erwähnten Bestimmung stipuliert, dass der Frachtführer ohne sein Wissen nicht unbeschränkt für wertvolle Güter haften solle.

Alle die in der Konvention von Brüssel niedergelegten Haftungsbedingungen sind Mindestvorschriften und können nicht zugunsten des Frachtführers verändert werden ¹⁵⁶.

V. DAS KONNOSSEMENT IM ENTWURF ZU EINEM BUNDESGESETZE ÜBER DIE SEESCHIFFFAHRT UNTER DER SCHWEIZERFLAGGE

1. Allgemeines

Der Entwurf des Bundesrates hat das Brüsseler Uebereinkommen nicht weiterhin einfach als geltendes schweizerisches Recht erklärt, wie das im Bundesratsbeschluss vom 9. April 1941 in Art. 49 geschehen war, weil die entsprechenden Bestimmungen kompliziert und verworren, wenn nicht gar widerspruchsvoll seien. Es wurde daher im Interesse der Rechtssicherheit und in Befolgung des Beispiels mehrerer ausländischer Staaten nicht mehr auf dieses Uebereinkommen verwiesen, sondern die Regeln der überwiegend internationalen Praxis, die durch die Konvention verankert sind, wurden in einer klaren und einfachen Neufassung direkt in das Gesetz eingebaut ¹⁵⁷.

Der vom Bundesrat vorgelegte Entwurf wurde vor allen Dingen von der ständerätlichen Kommission sehr genau geprüft und verschiedentlich verbessert ¹⁵⁸.

2. Formelle Ausgestaltung des Konnossementes

Art. 99 bis E. S. S. legt fest, dass Bord-, Uebernahme- oder Durchkonnossemente ausgestellt werden können. Ein derartiges Papier muss gemäss Art. 100 Abs. 2 E. S. S. folgende Angaben enthalten:

- a) Name und Wohnsitz des Seefrachtführers und des Abladers;
- b) den berechtigten Empfänger der Güter, wobei das Konnossement auf den Namen, an Order oder auf den Inhaber lauten kann;

¹⁵⁶ Vgl. Art. 3 § 8 H. R.

¹⁵⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge vom 22. 2. 1952, BBl. 1952 I S. 304 (in der Folge abgekürzt E. S. S.).

¹⁵⁸ Vgl. Amtliches stenographisches Bulletin des Ständerates der Frühjahrssession 1953, S. 96 ff. Die in der Folge gegebenen Verweise beziehen sich immer auf die von National- und Ständerat beschlossene Fassung des E. S. S.

c) den Namen des Seeschiffes, wenn die Güter an Bord genommen sind oder die Bezeichnung als Uebernahmekonnossement oder Durchkonnossement;

d) den Ladehafen und den Bestimmungsort;

e) die Bezeichnung der Güter nach Angaben des Abladers, vornehmlich deren Art, Zustand und äussere Beschaffenheit, Kennzeichen, Stückzahl, Menge oder Gewicht, und, gegebenenfalls, die ausdrückliche Wertangabe des Abladers;

f) die Bestimmung über die Fracht;

g) den Ort und den Tag der Ausstellung;

h) die Unterschrift des Kapitäns oder des Seefrachtführers;

i) die Anzahl der Originalausfertigungen, wobei so viele Ausfertigungen auszustellen sind, als es die Umstände erfordern.

Der Entwurf verbindet also die in Art. 1153 OR und in Art. 3 § 3 H. R. niedergelegten Formerfordernisse zu einem einheitlichen Ganzen.

3. Die Wirkungen des Konnossementes

Auch im neuen Gesetz wird die Skripturhaftung gemäss Art. 101 Abs. 1 E. S. S. durch die Vermutung der Richtigkeit des Konnossementes ersetzt. Im Interesse der Rechtssicherheit sind jedoch die Zusätze und Vorbehalte des Seefrachtführers bezüglich der Bezeichnung der Güter im Konnossement nur gültig, wenn sie anlässlich dessen Ausstellung aufgenommen werden und die Gründe für ihre Berechtigung im einzelnen Falle angeben¹⁵⁹. Dadurch wird eine von der Doktrin in allen Ländern geforderte Beschränkung der «Unbekanntklausel» (unknown clauses) erreicht und die Wirksamkeit des Konnossementes wesentlich verbessert.

Im Uebrigen darf jedoch auf die bereits bei der Brüsseler Uebereinkunft¹⁶⁰ besprochenen Konnossementswirkungen verwiesen werden, da der schweizerische Gesetzgeber keine weiteren wesentlichen Abänderungen derselben stipuliert.

¹⁵⁹ Art. 101 Abs. 3 E. S. S.

¹⁶⁰ Ziff. IV dieses Paragraphen.

§ 24. Der Ladeschein an Order*

I. BEGRIFF

Der Ladeschein an Order ist eine Urkunde, in der ein Land- oder Binnenfrachtführer erklärt, bestimmte Güter vom Ablader empfangen zu haben, und sich verpflichtet, dieselben nach durchgeführtem Transport gegen Rückgabe des Papieres dem berechtigten Papierbesitzer oder dessen Order zu übergeben.

Der Orderladeschein bildet die Bestätigung eines Land- oder Binnenfrachtvertrages.

II. BEDEUTUNG DES LADESCHINES IN DER SCHWEIZ

Der Landladeschein wird von der schweizerischen Praxis überhaupt nicht verwendet¹⁶¹. Die Schweiz hat auch nur auf dem Rhein eine entwickelte Flussschifffahrt, für die der Gebrauch des Ladescheines in Frage kommt. Die schweizerischen Rheinschiffreeder stellen tatsächlich ein derartiges Papier aus, das jedoch nicht Ladeschein, sondern Rheinkonnossement benannt wird.

III. DAS RHEINKONNOSSEMENT

1. Die heute geltende Regelung

a) Allgemeines: Da in der Schweiz die gesetzlichen Grundlagen des Warentransportes durch Flussschiffe beinahe völlig fehlen, waren die verschiedenen schweizerischen Rheinreedereien gezwungen, eigene Verlade- und Transportbedingungen (in der Folge abgekürzt: V. T. B.) zu schaffen. Gemäss § 2 Abs. 1 V. T. B. kann für jede Frachtsendung entweder ein auf den Namen oder an Order lautendes Konnossement oder dann ein Rheinfrachtbrief ausgestellt werden, der jedoch auf keinen Fall WP-Qualität

* Vgl. vor allem: H. E. Vogt: Der Rheinfrachtführer, seine Verträge und seine Haftung, Zch. Diss. 1952.

¹⁶¹ Gleicher Meinung Bruderer, S. 60. Die von uns durchgeführte Umfrage zeitigte dasselbe Resultat.

besitzt¹⁶². Wir werden uns in der Folge nur mit dem an Order lautenden Rheinkonnossement befassen.

b) **Formelle Ausgestaltung des Rheinkonnossementes**: Die Formvorschriften des Art. 1153 OR werden angewendet, wobei allerdings die Ausstellung eines Inhaberkonnossementes ausgeschlossen ist. Ferner wird stets nur ein Originalkonnossement angefertigt.

c) **Wirkungen des Rheinkonnossementes**: Zufolge der ausserordentlich weitgehenden Freizeichnung des Reeders bei den Angaben über Gewicht, Art und Inhalt der übernommenen Güter¹⁶³ kann das Rheinkonnossement seine Funktion als WP nur ausüben, sofern die Person des Verladers gut bekannt ist. Die Zirkulation eines derartigen Papiers dürfte im allgemeinen ausgeschlossen sein.

Eine weitere Schranke des Rheinkonnossementes bildet die starke Beschränkung der Haftung des Frachtführers. Einerseits wird in den §§ 16—18 V. T. B. eine grosse Liste von Tatbeständen gegeben, für die der Reeder nicht haftet, und ferner auch die Vermutung aufgestellt, dass ein Schaden, der aus einer der in den §§ 16 und 17 V. T. B. bezeichneten Gefahren entstehen könnte, tatsächlich auf diese Weise zustandekam¹⁶⁴. Zu diesem weitgehenden Haftungsausschluss kommt noch der allgemeine Tatbestand des

¹⁶² § 2 Abs. 1 V. T. B.: Für jede Partie wird entweder ein Konnossement oder ein Rheinfrachtbrief ausgestellt. Konnossemente sind auf den Namen oder an Order lautende WP, und die Auslieferung der Güter erfolgt nur gegen Rückgabe des ordnungsgemäss übertragenen Originalkonnossementes an die Reederei oder deren Bevollmächtigte. Er werden nur ein Originalkonnossement und daneben Konnossementsabschriften ausgestellt.

Rheinfrachtbriefe sind keine WP und können weder übertragen noch verpfändet werden.

¹⁶³ Art. 2 Abs. 2—4 V. T. B.: Für die Richtigkeit der Angaben auf Konnossement oder Rheinfrachtbrief über Nummern, Marken, Merkzeichen, Inhalt, Art, Gattung, Qualität, Zustand, Wert, Beschaffenheit und Verpackung der Güter haftet die Reederei nicht. Für die Richtigkeit der Angaben auf Konnossement oder Rheinfrachtbrief über Stückzahl, Mass und Gewicht (auch in Worten) haftet die Reederei nur, wenn eine vom Auftraggeber oder Absender ausdrücklich angeordnete Kontrolle gemeinsam mit der Reederei durchgeführt und die hierfür üblichen Kontrollspesen bezahlt worden sind. Eichaufnahme gilt nicht als verbindliche Gewichtskontrolle.

Die Reederei ist nicht verpflichtet, Beschädigungen, schlechte Beschaffenheit oder mangelhafte Verpackung der Güter usw., auch wenn bei der Verladung äusserlich erkennbar, im Konnossement oder Rheinfrachtbrief zu vermerken.

¹⁶⁴ § 17 Abs. 4 V. T. B.: Ist ein Schaden eingetreten, welcher nach den Umständen des Falles aus einer der in §§ 16 und 17 bezeichneten Gefahren oder Umstände entstehen konnte, so wird bis zum Beweise des Gegenteils vermutet, dass der Schaden aus den betreffenden Gefahren oder Umständen entstanden ist.

Art. 19 V. T. B.¹⁶⁵, wonach der Reeder in allen weiteren Fällen von Verlust oder Beschädigung nur für eigenes grobes Verschulden, sowie für absichtliches Handeln seiner dauernden Angestellten und Hilfspersonen hafte¹⁶⁶.

2. Die Regelung im Entwurfe zu einem Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge

Das neue Bundesgesetz regelt in einigen Artikeln¹⁶⁷ die Rheinschifffahrt und bestimmt in Art. 113 E. S. S., dass für die Rheinkonnossemente die gleichen Bestimmungen wie für die übrigen Konnossemente gelten sollen, wodurch auch für die Rheinschifffahrt eine gerechte Haftungsverteilung zwischen Ablader, Reeder und Empfänger erreicht werden wird.

¹⁶⁵ § 19 Abs. 1 V. T. B.: In allen weiteren Fällen von Verlust oder Beschädigung der Güter, Aufenthalt, Verspätung oder sonstigen Nachteilen haftet die Reederei nur für ein eigenes grobes Verschulden, sowie für absichtliches Handeln ihrer dauernden Angestellten und Hilfspersonen. Jede weitergehende Haftung ist ausgeschlossen. Der Verzicht auf Haftung und Schadenersatz erstreckt sich auch auf alle ausservertraglichen Ansprüche.

¹⁶⁶ Die von Trachsel, S. 76, gemachte Feststellung, die V. T. B. trügen nunmehr den Haftungsgrundsätzen des OR Rechnung, ist uns bei Berücksichtigung dieser Tatsachen völlig verständlich.

¹⁶⁷ Art. 111—114 E. S. S.

ZUSAMMENFASSUNG

I. DIE GEWILLKÜRTE OP IM GESETZ UND IN DER PRAXIS

1. Im Gesetz

Der 5. und 6. Abschnitt des 33. Titels (Art. 1145—1156) des OR sind den gewillkürten OP gewidmet. Diese wenigen Bestimmungen werden ergänzt durch die allgemeinen Regeln des WP-Rechtes (Art. 965—973 OR) und durch das Wechselrecht (Art. 990—1099 OR), soweit in den Art. 1147 ff. OR darauf verwiesen wird. Eine Gruppe der gewillkürten OP, die Warenpapiere, wird zudem noch in den Art. 902 und 295 ZGB, sowie in Art. 482 OR erwähnt¹.

2. In der Praxis

Im Bestreben, über die praktische Verwendung der gewillkürten OP ein genaues Bild zu erhalten, wurde eine Umfrage durchgeführt, die sich auf alle Banken und Schadensversicherungsanstalten des Platzes Zürich erstreckte. Auf die dabei erzielten Resultate wurde im Verlaufe der Untersuchung an verschiedenen Stellen verwiesen². Zusammenfassend ist festzuhalten, dass einzig das Konnossement an Order³ und der als Bestätigung eines Binnenfrachtvertrages ausgegebene Orderladeschein (Rheinkonnossement)⁴ grössere Bedeutung erlangt haben. Dazu kommen noch die wechselähnliche Anweisung an Order⁵ und der Effektenlieferschein⁶, die ebenfalls von der Praxis benutzt werden, wenn auch im weit geringeren Masse als das Konnossement. Die übrigen vom Gesetzgeber geschaffenen gewillkürten OP sind der Wirtschaft kaum bekannt.

II. AUFGABE DER UNTERSUCHUNG

Die Arbeit soll einerseits dazu beitragen, die Stellung der gewillkürten OP im System der WP zu umreissen, vor allem gegen die Gruppe der gesetzlichen OP abzugrenzen, andererseits soll sie die einzelnen Erscheinungsformen der gewillkürten OP zur Darstellung bringen, ihre Eigenarten umschreiben und die zwischen den verschiedenen Papieren bestehenden Verbindungen und Zusammenhänge zeigen.

¹ Vgl. § 22 IV 1.

² Vgl. 2. Kap.: § 14 II. 3. Kap.: Anm. 40, 56, 104, 161.

³ Vgl. § 23.

⁴ Vgl. § 24.

⁵ Vgl. § 14.

⁶ Vgl. § 20 III.

III. DIE DER ARBEIT ZUGRUNDE LIEGENDE KONZEPTION

Unsere Darstellung des Rechts der gewillkürten OP beruht auf der Ueberzeugung, dass das Recht der WP sich nach den Erfordernissen des Verkehrs zu richten habe. Die wirtschaftliche Funktion der WP muss für ihre rechtliche Ausgestaltung massgebend sein, sofern sie ihrer Aufgabe genügen sollen. Aus diesen Erwägungen heraus lehnen wir *de lege ferenda* den Brunner'schen WP-Begriff ab⁷ und fordern die Herausnahme der NP aus dem Kreise der WP. Ein derartiger Schritt wäre nicht nur vom Standpunkt der Praxis aus wünschenswert, sondern würde auch juristisch betrachtet, eine klare Situation schaffen, indem sich die WP durch ein formallogisches⁸ Moment von allen andern Urkunden unterscheiden.

Neben der Untersuchung der wirtschaftlichen Bedeutung jedes einzelnen gewillkürten OP⁹ beschäftigten wir uns eingehend mit dem Problem der formellen Ausgestaltung des Papieres¹⁰. Die starke Betonung der rein formellen Bedingungen ist wiederum auf die von uns in den Vordergrund der Arbeit geschobene wirtschaftliche Funktion der OP zurückzuführen. Die OP können ihrer Aufgabe als Zirkulationspapiere ohne Gefährdung der Verkehrssicherheit nur nachkommen, wenn ihre Form jegliche Verwechslung oder Täuschung ausschliesst.

IV. AUFBAU DER UNTERSUCHUNG

Der relativ grosse Umfang des zu behandelnden Gebietes zwang uns zu einer Beschränkung der den einzelnen Erscheinungsformen gewidmeten Darstellungen, wobei wir uns jedoch bemühten, das Schwergewicht auf die in der Praxis bedeutsamen Papiere zu legen. Bei den wechselähnlichen Orderanweisungen erwies es sich zudem als notwendig, auch das Recht der Anweisungen einzubeziehen¹¹, da diese gewillkürten OP sich nicht nur auf das WP-Recht, sondern ebenso sehr auf das allgemeine Anweisungsrecht stützen.

Das I. Kapitel der Arbeit soll die Stellung der OP im System der WP darlegen und im weitem die notwendigen wertpapierrechtlichen Grundbegriffe vermitteln.

⁷ Vgl. § 3 V.

⁸ Vgl. § 2 IV.

⁹ So in den §§ 14; 16 V; 19 IV; 20 III; 22 IV; 23 II; 24 II.

¹⁰ Vgl. §§ 4 II; 5 III A 2; 12; 13 IV 2b; 16 I; 16 V A 1b; 17 III; 18 IV; 18 V, 23 IV 2; 23 V 2; 24 III 1b.

¹¹ Vgl. §§ 8—10.

Die Darstellung der zwischen den verschiedenen Papieren bestehenden Verbindungen und Zusammenhänge erfolgte einerseits durch eine Zusammenstellung der für diese Urkunden typischen Regeln¹², andererseits durch einen bewusst starr gehaltenen Aufbau der Einzeluntersuchung. Beinahe ohne Ausnahme wurden alle Erscheinungsformen der gewillkürten OP nach Begriff, Form, Uebertragung, Geltendmachung und wirtschaftliche Bedeutung untersucht¹³.

V. DIE ERZIELTEN RESULTATE

1. Festlegung des Kreises der gesetzlichen OP

Neben Wechsel¹⁴ und Check¹⁵ als den beiden klassischen gesetzlichen OP gehören gemäss unserer Untersuchung folgende Urkunden zu dieser Gruppe: Namensaktien (mit Ausschluss der vinkulierten Namensaktien)¹⁶, Interimsscheine für frei übertragbare Namensaktien¹⁷, Genussaktien¹⁸, Schuldbrief¹⁹, Gült²⁰, Pfandbrief²¹. Bei der Aufstellung dieses Kataloges hielten wir uns eng an den Wortlaut des Gesetzes und benutzten ferner die Materialien, soweit diese zur Interpretation einzelner Gesetzesbestimmungen herangezogen werden mussten²².

2. Ablehnung des *numerus clausus*²³

Weder Gesetz noch Materialien sprechen sich über die Frage des *numerus clausus* bei den gewillkürten OP aus. Wir halten es jedoch für unmöglich, dass neben einer Legaldefinition (für OP Art. 1145 OR) auch noch ein *numerus clausus* zu bestehen vermag. Infolge der Ablehnung des *numerus clausus* unterscheiden wir benannte und unbenannte gewillkürte OP, wobei wir bei der Behandlung der einzelnen Erscheinungsformen jeweils auch die Frage prüfen, ob neben dem im Gesetz erwähnten, gewillkürten OP noch ein unbenanntes, gewillkürtes OP denkbar sei²⁴, und ob

¹² Vgl. §§ 8—10; 17—18.

¹³ Vgl. §§ 12—14; 16; 17.

¹⁴ Vgl. § 6 I.

¹⁵ Vgl. § 6 II.

¹⁶ § 6 III, 1 und 2.

¹⁷ § 6 III 3.

¹⁸ § 6 III 5.

¹⁹ § 4 IV 1.

²⁰ § 4 IV 1.

²¹ § 4 IV 2.

²² Vgl. § 6 am Anfang.

²³ Vgl. § 7.

²⁴ So in den §§ 15, 16, 17 III 6, 18 VII.

dasselbe von der Praxis tatsächlich verwendet werde. Zusammenfassend darf festgestellt werden, dass die Zulassung von unbenannten OP nicht nur von theoretischer, sondern auch von praktischer Bedeutung ist, wie vor allem die zahlreichen auf Spezies lautenden Konnossemente beweisen.

*3. Aufdeckung der bei den Orderanweisungen bestehenden Gesetzeslücke*²⁵

Die wechselähnlichen Orderanweisungen des OR sind eine einmalige Erscheinung im Rechte der WP, und stellen eine Vermengung von deutschem und französischem Recht dar²⁶. Die vorgeschlagene und später zum Gesetz erhobene Kompromisslösung sollte vor allen Dingen den welschen Kantonen den Uebergang von ihrem eigenen Wechselgesetz, das sich auf den Code de Commerce stützte, zum Obligationenrecht, dessen wertpapierrechtlicher Teil sich an die deutsche Wechselordnung anlehnte, erleichtern.

Die wechselähnlichen Anweisungen an Order sollten den Wechsel ersetzen und zugleich an Stelle der im DHGB geordneten kaufmännischen Orderanweisungen treten, da das OR das System der OP aus dem deutschen Recht übernommen hatte²⁷. Bei dieser Gelegenheit wurde jedoch übersehen, dass kein äquivalentes schweizerisches Rechtsinstitut für auf Effekten oder Waren lautende kaufmännische Orderanweisungen besteht, ob schon diese im deutschen Recht eine nicht unbeachtliche Rolle spielen²⁸.

Zur Ausfüllung der vorhandenen Lücke eignen sich in besonderer Weise der Lieferschein²⁹ und der Effektencheck³⁰. Die Einführung dieser beiden Erscheinungsformen bedeutet zugleich eine Anerkennung von gewöhnlichen Orderanweisungen (ohne Zahlungsregress) im schweizerischen Recht, sodass wir stets zwischen den auf Geld lautenden wechselähnlichen Anweisungen an Order und den gewöhnlichen Orderanweisungen, die Effekten oder Waren verurkunden, zu unterscheiden haben.

²⁵ Vgl. §§ 15 und 16.

²⁶ Vgl. § 11 I und II.

²⁷ Vgl. § 15 III.

²⁸ Vgl. §§ 16 V A 3, 16 V B 5.

²⁹ Vgl. § 16 V A.

³⁰ Vgl. § 16 V B.

4. Die Verpflichtungsscheine an Order³¹

Sie zerfallen in zwei Gruppen, nämlich in die Verpflichtungsscheine an Order im engeren Sinne³² und in die Warenpapiere³³. Im Unterschied zu den Orderverpflichtungsscheinen im engeren Sinne verkörpern die Warenpapiere nicht nur einen obligatorischen Anspruch, sondern auch ein dingliches Recht³⁴. Die dadurch verursachte erhöhte Gefährdung des Verkehrs wurde vom Gesetzgeber durch strengere, nur für die Warenpapiere geltenden Formvorschriften zu mildern versucht³⁵. Obgleich die Warenpapiere WP öffentlichen Glaubens sind, muss der Frachtführer oder Aufbewahrer bei Vorlegung der Urkunde nicht leisten, sofern er nachweisen kann, dass die Ware ohne sein Verschulden untergegangen ist³⁶.

Bei den Erscheinungsformen ist vor allem auf das Konnossement³⁷ hinzuweisen, das bei weitem das wichtigste gewillkürte OP darstellt und zu den bedeutensten WP überhaupt zu zählen ist. Dank dem in Kürze in Kraft tretenden Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge³⁸ werden seine Ausgestaltung, seine Verwendung und die bei ihm bestehenden Haftungsverhältnisse eine klare und eindeutige Regelung erhalten.

³¹ Vgl. 3. Kap.

³² Vgl. 3. Kap., 2. Teil A.

³³ Vgl. 3. Kap., 2. Teil B.

³⁴ Vgl. § 18 I.

³⁵ Vgl. § 18 IV.

³⁶ Vgl. § 18 III.

³⁷ Vgl. § 23.

³⁸ Vgl. § 23 V.

Curriculum vitae

Ich wurde am 14. August 1928 in Zürich geboren. Nach Besuch der Primarschule in Küsnacht (Zch.) und des kantonalen Gymnasiums in Zürich (Typus B) absolvierte ich von 1947 bis 1949 ein kaufmännisches Praktikum in einem Unternehmen der chemischen Industrie in Basel. Im Herbst 1949 immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich am 30. Oktober 1954 den letzten Teil der Doktorprüfung ablegte.

